CORSO DI STUDIO LEGALE DI D. LORETO APRUZZESE ... CONTENENTE...



Digitized by Google





Digitized by Google

Digitized by Google

CORSO
DI STUDIO LEGALE

DI

D. LORETO APRUZZESE

CONSULTORE DI STATO MEMBRO E SEGRETARIO GENERALE DELLA GIUNTA DI PUBBLICA ISTRUZIONE EX-MAESTRO DECANO DEL COLLEGIO DE' TEOLOGJ PROFESSORE DI DRITTO CIVILE NELLA REGIA UNIVERSITA' DEGLI STUDJ DI NAPOLI.

PER USO DEL SUO PRIVATO UDITORIO

Contenente un comento alla prima parte delle Leggi Civili per lo Regno delle due Sicilie.

TOMO VII.

NAPOLI 1824.

DALLA TIPOGRAFIA DI PORCELLI.

Con approvazione.

Digitized by Google

TITOLO III.

De' contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale (1).

CAPITOLO I.

Disposizioni preliminari.

SOMMARIO.

I. *Origine delle obbligazioni: definizione delle medesime: distinzione della obbligazione, che nasce dalla legge, da quella, che nasce dal fatto dell' uomo.*

II. *Divisione delle obbligazioni in naturali, civili e miste: differenza tra patto e contratto. Se sia assolutamente abolita nel cod. tale distinzione. Definizione del contratto; diverse specie de' contratti: se possa aver luogo la distinzione tra contratto nominato ed innominato.*

---

(1) *La materia de' contratti è divinamente discussa da Pothier nel suo trattato delle obbligazioni. Toullier ci fa delle ottime osservazioni, e fa anche qualche riflessione sulle dottrine di quell' autore. Io nel*

Digitized by Google

I. La dottrina relativa alle regole elementari delle obbligazioni si vede con mano maestra trattata da Domat (1).

Nell'articolo 632 si disse, che la proprietà de' beni si acquista o si trasmette per successione, per donazione fra vivi o testamentaria, e per effetto di obbligazione e prescrizione. Ne' due titoli precedenti si parlò della successione, e delle donazioni fra vivi e testamentarie: passa ora il codice a parlare del terzo modo come si possa acquistare la proprietà per mezzo delle obbligazioni.

Il nostro codice fisso nel principio, che si deve aver per rata e ferma la volontà di colui, che vuole della sua cosa ad un' altro trasferire il dominio, stabilisce, che le obbligazioni non sono titoli giusti a trasferire il dominio, ma modi come trasferirlo, per

---

trattare simile materia in accorcio rapporterò quanto ha opinato Toullier. Nella prefazione fatta da me precedere a questo corso, mi protestai, che sarei stato qual ape industriosa: avrei prese le dottrine dai scrittori, che avevano scritto sul codice, ma poche cose avrei dette di mio proprio talento. Gli alunni in questo corso legale avranno il solo vantaggio di trovare riunite le opinioni degl' illustri autori, che si hanno presa la cura di comentare le nuove leggi.

(1) *Lib. prelim. tit. 1. sez. 1.*

cui non più ha vigore presso di noi quell' aforismo legale: *non pactis, et stipulationibus dominia rerum transferuntur, sed traditionibus*: oggi *pactis et stipulationibus, non traditionibus dominia rerum transferuntur*.

Le obbligazioni derivano dalla legge, o sono prodotte dalle convenzioni e queste sono le più importanti. Il loro numero è grande, le loro specie sono varie: le regole che le riguardano sono di molto estese, ed assai tra di loro differenti. Fraditanto vi sono delle regole le quali sono comuni a tutti i contratti, o che abbiano i medesimi una propria denominazione, o che siano innominati: vi sono poi delle regole le quali riguardano talune convenzioni in particolare. Prima di esporsi le regole particolari di taluni contratti, il codice tratta in generale delle regole comuni a tutte le convenzioni, e le considera come in astratto, il che nell' applicazione poi alle convenzioni particolari produce delle grandi difficoltà.

I romani giureconsulti definirono le obbligazioni in generale. *Vinculum juris, quo necessitute adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura* (1). A tale legame di legge alludendo Paolo (2) disse: *Obligationum substantia non in eo con-*

---

(1) *Inst. de obbligat.*

(2) *L. 3. de obblig. et act.*

Digitized by Google

sistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

Ogni obbligazione o che derivi immediatamente dalla legge, cioè dalla volontà del legislatore, o che tragga la sua origine dalla volontà, o fatto dell'uomo, sempre *est juris vinculum*. Impone la necessità di fare, allorchè comanda: di non fare, quando proibisce: di tollerare, se permette: quindi è noto l'assioma *virtus legis est, jubere, vetare, permittere*. Quando poi nascono dal nostro fatto, la legge agisce, avendo ordinato, che si abbia una azione ossia un mezzo a costringere colui che si obbligò a dare, a fare, o non fare a norma della promessa. Da questi semplici principj deriva, che l'obbligazione figlia della convenzione porta una vera alienazione de'dritti in colui, che si obbligò. Mediante l'obbligazione è la persona costretta o alla prestazione della cosa, e così diminuisce il suo patrimonio, essendo noto a tutti, che *patrimonium est, quod restat deducto aere alieno*, o deve il fatto, ed ha diminuito il suo arbitrio. Quindi in appresso si dirà, che coloro, che non possono alienare, nè tampoco possono obbligarsi.

Dal detto si ricava che in seguito della obbligazione in qualunque maniera sia nata, la persona obbligata ha contratto un *dovere*, e colui a cui vantaggio si è promessa la cosa o il fatto, acquistò un

dritto: da quì sorge la idea del *creditore*, che ha il dritto a domandare, del *debitore* che ha contratto il dovere e può esser costretto ad adempiere alla promessa. A fare quindi i conti si conosce, che vi sono delle obbligazioni che impone da se la legge e non solo il nostro consenso non è ricercato, ma talune volte è presunto, e contro il nostro volere siamo obbligati a dare o fare qualche cosa, come è ordinato nell' articolo 1324. Vi sono poi di quelle che la legge non impone che in conseguenza della nostra volontà, come un effetto di questa volontà che essa sanziona: di simile fatta sono tutte le obbligazioni convenzionali, prodotte immediatamente dai contratti, ed anche dai quasi contratti. Di fatto colui, che accetta una eredità è tenuto ai creditori ereditarj per esser stato piazzato nel luogo del defunto debitore: è tenuto ai pesi ereditarj verso de' legatarj, e fedecommessarj pel principio: *aditione hereditatis quasi contrahitur*.

Nei motivi della legge si osservò, che le disposizioni del codice, relative ai contratti non saranno nel loro vero senso e loro spirito intese, laddove non venghino considerate come tante regole elementari di equità, le cui diramazioni si abbiano poscia a rintracciare nelle leggi romane. In queste leggi si scorge lo sviluppo del giusto e dell' ingiusto: a questo fonte devono attingere non solo tutti coloro, che vogliono istruirsi a fondo di ciocchè appartiene ai contratti,

Digitized by Google

ma eziandio tutti i magistrati a cui la difesa e l'esecuzione è commessa dalle leggi in generale.

I romani facevano distinzione tra *patti* ossia *convenzioni*, e *contratti*. Gli stessi romani distinguevano le obbligazioni in *naturali*, *civili e miste.*

L' obbligazione naturale non ha altra base, che quella della semplice equità. Da questa niuna legale azione ne nasce. Assolutamente dipendeva dalla coscienza dell' obbligato. Che se però costui avesse pagato, ciocchè naturalmente dovea, e l' obbligazione non era riprovata dalla legge, non poteva la cosa pagata ripetere, adducendo per ragione, che il creditore non aveva azione a costringere il debitore.

L' obbligazione puramente civile è quella che dà dritto ad un' azione, ma non è fondata sulla equità, e può esser distrutta da una perentoria eccezione, la quale annienta l'azione. È detto nelle leggi romane: *nihil prodest quis actionem habeat, cum actio per exceptionem infirmatur*. Colui che in tal modo aveva pagato poteva riconseguire la cosa mediante la restituzione *in integrum*. Vi erano però talune obbligazioni civili, le quali adempite, non davano dritto alla ripetizione, così nei contratti litterali, nella causa di una ingiusta sentenza ecc. Siccome la legge dice: *res judicata pro veritate habetur*, tale massima non dava luogo alla ripetizione; solo nella coscienza era tenuto alla restituzione colui, che avea la cosa ricevuta.

Le distinzioni poi di patti, contratti: patti nudi

e vestiti sono note ai miei alunni i quali nel secondo anno dopo di aver fatto il corso delle civili e canoniche istituzioni, cominciano il corso relativo alle nostre leggi napolitane.

Sebbene si dica, che nella nostra attuale legislazione non più abbia vigore la distinzione di patto, e contratto, pure Toullier (1) sostiene rinvenirsi nell'attuale legislazione degli esempj, dai quali apparisce l'idea del semplice patto. Rapporta l'esempio del donatario, il quale è stato presente alla donazione; ha quella sottoscritta, ma il notajo non ha spiegato, che la donazione sia stata accettata a norma di quanto è ordinato nell' articolo 856. Così nelle obbligazioni sinallagmatiche con privata scrittura, quando si è omesso esprimere, esser stata fatta in doppio originale. È stabilito nell' articolo 1279, che *le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, debbono esser fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto.*

In teoria generale: oggi tale distinzione non è riconosciuta. Tanto è dire patto, quanto contratto, convenzione, obbligazione.

Art. 1055. *Il contratto è una convenzione colla quale una o più persone si obbligano verso una o più persone a dare, a fare, o a non fare qualche cosa.*

Art. 1056. *Il contratto è sinallagmatico o bilate-*

---

(1) *Tom.* 6. *corso del dritto francese num.* 16.

Digitized by Google

rale, quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri.

Art. 1057. *È unilaterale quando....*

Art. 1058. *È commutativo quando....*

È contratto aleatorio, quando ciascuna parte si obbliga.

Art. 1059. *Il contratto di beneficenza....*

Art. 1060. *Il contratto a titolo oneroso....*

Art. 1061. *I contratti sia che abbiano una propria denominazione....*

In Roma i contratti erano divisi in contratti reali, verbali, litterali, e consensuali.

I contratti reali erano così detti, dacchè ricevevano la loro perfezione dalla tradizione della cosa, di tale fatta erano il mutuo, il comodato, il deposito, il pegno. La semplice promessa di mutuare, di depositare non formava nè deposito, nè dava azione di mutuo. Dice Toullier (1) non accadere la cosa in tale modo, secondo le vedute del codice attuale. È stabilito, che tutte le convenzioni legalmente formate o che abbiano un nome particolare, o che siano nella classe delle innominate, non possono esser rivocate che col mutuo consenso, e per quelle cause autorizzate dalla legge. Tutte devono a norma dell' articolo 1088 *esser eseguite in buona fede, nè possono esser rivocate senza lo scambievole consenso, e per*

(1) *Num. 17. l. c.*

le cause, che la legge autorizza. La denominazione di contratto reale, dice il citato autore, non trova più luogo nel nostro codice. La convenzione anche dalla quale una delle parti si obbligasse a ricevere una cosa in deposito, sarebbe obbligatoria, ed il deponente avendo un interesse a far ricevere la cosa depositata, potrebbe agire per la esecuzione della obbligazione. Il codice ha passato sotto silenzio la divisione di contratto consensuale e reale non per altra causa, se non per quella di esser tale divisione divenuta inutile, nè confacevole coi nuovi legislativi principj. Tutte le convenzioni sono oggi obbligatorie, quando siano state legalmente formate, da ciò ne siegue esser anche inutilizzata la distinzione di contratti nominati, ed innominati. Quindi non è da sostenersi più la dottrina de' romani relativa a tali contratti, cioè di potersi dall'innominato resilire non avendo l'altro adempito.

Il codice divide i contratti in bilaterali, unilaterali, commutativi, aleatorj, di beneficenza, ed a titolo oneroso.

Il contratto sinallagmatico o bilaterale, come si rileva dall' articolo 1056 è quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri, come accade nel contratto di vendita, di affitto, di società. È definito il contratto unilaterale nell' articolo 1057 esser quello quando una o più persone si obbligano verso una o più persone senza che per parte di que-

Digitized by Google

ste ultime siavi alcuna obbligazione. Di tal fatta è il mutuo, il deposito ec. L'essersi detto nell' articolo 1057, che nel contratto unilaterale, una o più persone si obbligano verso una o più persone *senza che per parte di queste ultime siavi alcuna obbligazione*, nasce qualche difficoltà, poichè in tali contratti le parti reciprocamente contraggono delle obbligazioni: così nel mutuo. Sebbene si dica, che il mutuario sia tenuto al mutuante, e non già questo a quello; pure se si voglia entrare nello spirito della legge, si vedrà l'opposto. Perfezionato il contratto di mutuo, il mutuante è impedito a ripetere il suo denaro, se prima non sia scorsa la dilazione, che lo stesso accordò al mutuatario. Questa dottrina non si può negare di esser vera, ma si deve riflettere, che ne' contratti bilaterali nasce in forza dello stesso contratto una principale obbligazione nella persona di tutti i contraenti: ne' contratti unilaterali nasce per opera di un fatto posteriore. Così nella vendita. Il venditore è obbligato a rilasciare nelle mani del compratore la cosa venduta, ma nello stesso tempo il compratore deve sborsarne il prezzo convenuto. Quindi ne' contratti sinallagmatici, tutti i contraenti hanno un' azione diretta, che nasce in loro immediatamente perfezionato il contratto. Ma nel contratto unilaterale la cosa non accade nello stesso modo. Il depositario è tenuto al depositante nel principio del contratto, ma il deponente può esser tenuto per

la indennizzazione, che reclama il depositario per le spese fatte relative alla conservazione della cosa depositata. A togliere tale oscurità Toullier nel luogo citato dice potersi dire: *esser il contratto bilaterale allorchè i contraenti si obbligano reciprocamente e principalmente l'uno verso l'altro: esser unilaterale, quando una o più persone sono obbligate l'una verso l'altra, senza che per parte di queste ultime siavi una principale obbligazione.*

Confessa però lo stesso autore non svanire le difficoltà tutte anche con la sua modifica, mentre nel mutuo il mutuante da principio è tenuto a non domandare la somma mutuata, se prima non sia scorsa la dilazione accordata al mutuatario: La stessa dottrina vale pel commodato. Il commodante non potrà domandare, se non in grave urgenza, la cosa commodata. Conchiude Toullier: La dottrina de' contratti sinallagmatici ed unilaterali esser una teoria imperfetta, che potrebbe esser d'imbarazzo quando non se ne faccia l'applicazione con discernimento. La esattezza si trova nella divisione rapportata da Fineccio (1) cioè esservi delle promesse unilaterali e bilaterali. La promessa unilaterale si ha quando è fatta, ma non ancora è stata accettata: diviene bilaterale quando sia stata accettata. Delvincourt dice nel suo corso di dritto francese esservi de' contratti bilaterali

---

(1) *Praelect. in Grotium lib. 2. cap. II.* §. 3. e 4.

Digitized by Google

perfetti, e degl' imperfetti. Quando per tutti vi è l' obbligazione principale sono perfetti: quando ciò non si verifica, sono imperfetti. O si adotti questa distinzione o quella di Toullier, la dottrina è sempre la stessa.

Il contratto è commutativo, dicesi nell'articolo 1058: *quando ciascuna parte si obbliga a dare o a fare una cosa che si riguarda come l' equivalente di ciò che le si dà, o di ciò che si fa per essa.* In questo senso la vendita, la permuta sono contratti commutativi.

È contratto aleatorio, *quando l' equivalente consiste nell' avventurare tanto da una parte, che dall'altra il guadagno o la perdita ad uno avvenimento incerto.* In questo aspetto la rendita vitalizia, il contratto di assicurazione sono nella classe de' contratti aleatorj. Se si prenda ad esaminare bene la cosa si rileverà, che anche il contratto aleatorio è commutativo. Volfio (1) difatti dice esser il contratto commutativo quello nel quale ciascuna parte è obbligata a dare o fare qualche cosa. Ne' contratti di simil fatta si cambia la cosa con un' altra: si cambiano delle cose coi fatti, de' fatti colle cose. Nel contratto aleatorio si cambiano le cose, i fatti colla speranza, o si cambia la speranza colla speranza, così nel contratto detto *jactus retis.* Il contratto di beneficenza è definito nell' articolo 1059: *quello in cui una delle parti*

(1) *Inst. jur. natur.* §. 467.

procura all' altra un vantaggio meramente gratuito. Di tale natura è il mutuo, il deposito, il mandato ec.

Il contratto a titolo oneroso è detto nell' articolo 1060 *esser quello che soggetta ciascuna delle parti a dare o fare qualche cosa.* La vendita, l' affitto, il mutuo ad interesse, sono contratti a titolo oneroso.

Presso quasi tutti gli autori francesi si parla di un' altra divisione de' contratti chiamati *misti.* Vengono da Pigeau (1) nel modo seguente descritti. Il contratto misto è quello in cui una delle parti procura all' altra un vantaggio, ma sotto un peso minore del vantaggio. Così *dono la mia casa a Tizio la quale ha in se il prezzo di 12mila docati per seimila.* Questo contratto contiene la beneficenza per una parte: contiene un peso di seimila docati, ed il dippiù è donazione.

Presso de' romani si faceva la distinzione de' contratti di stretta ragione e di buona fede. Si dissero contratti di stretta ragione *stricti juris,* dal chè il giudice dovea nell' applicare il fatto alla legge interpretare *non secundum quod aequius meliusve visum erit;* ma dovea stare a ciocchè erasi espressamente convenuto: *in stipulationibus inspicitur quidquid inter partes sit conventum.* Non così accadeva ne' contratti di buona fede. In questi dal caso espresso si passava al-

(1) *Notion. elem. du droit. civil. tom.* 3. *p.* 4.

Digitized by Google

l' omesso. Oggi si dice, che tutti i contratti siano di buona fede, e perciò non esser riconosciuta simile divisione. Delvincourt (1) ecco quanto dice al proposito: Sebbene questa distinzione sembra abrogata dall'art. 1089 nel quale è detto: *Le convenzioni obbligano non solo a ciò che vi è espresso, ma benanche a tutte le conseguenze che l' equità, l' uso o la legge attribuiscano alla obbligazione secondo la sua natura*, pure non si può negare esservi restata ancora tale distinzione. Così il mutuo era presso de' romani contratto di stretto dritto: non si potevano i mutuatarj condannare al pagamento delle usure, se queste non erano state espressamente convenute, qualunque tempo ne fosse scorso. Ora nel codice nell' articolo 1107 è detto: Nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni e gl' interessi risultanti dal *ritardo di eseguirle, non consistono giammai, se non nella condanna a pagare gl' interessi correnti al tempo della mora*. Ma perchè non compensare i danni ed interessi fin dal giorno in cui si doveano generalmente le cose promesse? un altro esempio si vedeva nel codice abolito nell' art. 1153. Se il compratore non avesse pagato il prezzo del fondo comprato nel tempo stabilito, dovea pagare gl' interessi, sebbene non convenuti, e li deve anche oggi dal giorno in cui non ha pagato, non già dal

(1) *Not.* 1. *p.* 6. *tom.* 2.

giorno in cui è stato notificato. *Dies pro homine interpellat.* È vero dunque quanto asserisce Delvincourt che sebbene si voglia estinta la distinzione in contratto di buona fede e di stretto dritto, pure non è stata assoluta l' abolizione. È restata in taluni casi.

Nell' articolo 1065 è chiaramente piantata la dottrina colla quale è detto, che di qualunque denominazione siano i contratti, esser sempre soggetti alle regole generali quì proposte, eccone le parole:

I contratti, sia che abbiano una propria denominazione, o che non l' abbiano sono sottoposti a regole generali, le quali formano l' oggetto del presente titolo.

Le regole particolari a taluni contratti vengono stabilite sotto i titoli relativi a ciascun di essi, e le regole particolari alle convenzioni commerciali vengono stabilite dalle leggi relative al commercio.

Il legislatore con questo titolo ha tolte le distinzioni de' contratti reali, verbali, consensuali, e litterali, quella di contratti nominati ed innominati, come si accennò di sopra.

Digitized by Google

CAPITOLO II.

Delle condizioni essenziali per render valide le convenzioni.

SOMMARIO.

I. *Condizioni essenziali nel contratto.*

I. Prima di cominciare la spiega relativa alle condizioni essenziali in ogni contratto mi piace rapportare talune dottrine prese da Pothier relative ai tre oggetti, che devono esser distinti in ogni contratto. Bisogna saper distinguer quali sono gli oggetti essenziali, quali i naturali, e finalmente quelli i quali sono accidentali.

Le cose essenziali nel contratto sono quelle, senza delle quali il contratto non può sussistere. Così in ogni contratto vi deve essere il consenso: nella compra e vendita è essenziale il prezzo in contanti.

Le cose soltanto naturali sono quelle, che senza di esser essenziali fanno però parte del contratto, benchè i contraenti non le abbiano espresse, essendo della natura del contratto che vi siano contenute o sottintese. Queste tengono di mezzo fra le cose essenziali, e le accidentali, e differiscono dalle une e

dalle altre, differiscono dalle essenziali in ciò, che senza di esse il contratto può regere benissimo, potendo esser escluse dalle convenzioni delle parti. Dalle accidentali in ciò che fanno parte del contratto senza essersi convenute espressamente. Così la garanzia che il venditore contrae verso l' acquirente è un oggetto naturale del contratto di compra e vendita, ed il venditore incontra questa obbligazione senza che i contraenti l'abbiano espressa nel contratto. Ma questa obbligazione essendo della natura, e non della essenza della compra e vendita, anche senza di essa il contratto può sussistere, e qualora siasi convenuto che il venditore non sarà obbligato alla garanzia della cosa venduta, la convenzione sarà valida, e anche senza di questa obbligazione il contratto non cesserà di esser una vera compra e vendita.

Le cose accidentali sono quelle, che senza essere della natura del contratto vi si contengono in forza di una clausola particolare al medesimo aggiunta. Così il compratore deve pagare il prezzo della cosa comprata: è indifferente però pagarsi in moneta di oro, o argento. Se un tal pagamento sia convenuto farsi in moneta di oro, forma una cosa accidentale nel contratto.

Art. 1062. *Quattro condizioni sono essenziali perchè sia valida una convenzione:*

Il consenso in colui, che si obbliga: (qui soggiunge

Digitized by Google

Toullier: bisogna aggiungere l'accettazione della persona verso della quale si obbliga).

La capacità di contrattare :

La certezza della cosa che forma la materia della convenzione :

Una causa lecita per obbligarsi.

Sezione I.

Del consenso.

SOMMARIO.

I. *Quante cose si ricercano per dirsi esser il consenso efficace: offerta ed accettazione, che deve intervenire nella convenzione: come la convenzione è perfezionata dall' accettazione.*

II. *Se sia necessario accettarsi l' offerta in tutta la sua estenzione: che dirsi se venghi in parte accettata. Dottrine relative alla causa determinante alla convenzione: se l' errore di dritto egualmente che quello di fatto viziano la convenzione: errore nella persona quando produce la nullità della convenzione.*

III. *Cosa s' intende per violenza: quali caratteri deve aver per inutilizzare un contratto: di quale calibro deve esser la violenza: cosa è il dolo: quando annulla la convenzione: se la convenzione derivata dall' errore, violenza, o dolo renda* ipso

jure nullo il contratto a nome di chi si deve convenire: quale effetto hanno le obbligazioni fatte per un terzo.

I. Acciocchè il consenso di una parte sia efficace si ricercano cinque cose. 1.° Che non sia dato per errore. 2.° Non sia estorto dalla violenza. 3.° Non siasi ottenuto per dolo. 4.° Che non siavi lesione, ciò però vale per riguardo a taluni contratti. 5.° finalmente: che un tale consenso sia dato dalla parte obbligata, perchè non si può stipulare nè a favore, nè contra un terzo. Tutte queste dottrine sono snocciolate negli articoli contenuti in questa sezione.

Il consenso al dire di Volfio (1) è volere ciocchè un altro vuole, e ci propone di volerlo ugualmente. In una convenzione, che altro non è, che *consensus duorum vel plurium in idem placitum*: due cose si devono rimarcare 1.° la proposizione ossia l' offerta di una delle parti, e l' accettazione dell' altra. La convenzione prende la sua origine dalle offerte, e la sua perfezione dall' accettazione. Tanto l' offerte che l' accettazione devono in se contenere la volontà di dare all' altra parte il dritto di esigere giudiziariamente il compimento del contratto. Questa volontà non è necessario che sia espressa: è la stessa

(1) *Jur. natur. part.* 3. §. 1054.

Digitized by Google

sottintesa ne' contratti, a meno che altrimenti non siasi spiegato, o così risulti dalle circostanze. L'uomo è nella libertà di cambiare sentimento: *voluntas hominis est ambulatoria usque ad supremum vitae exitum*, sicchè prima di esser la offerta accettata da colui a cui vantaggio è fatta, potrà l'offerente rivocarla; accettata poi, siccome coll' accettazione si è acquistato il dritto sulla cosa offerta non più potrà cambiare sentimento: *contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis.* Dal detto si conosce che basta al proprietario la sola sua volontà per spogliarsi del suo dritto, ma questo non può trasferirsi in un altro senza il consenso dello stesso. È regola di dritto: *invito beneficium non datur* (1): *quod cuique pro eo praestatur, invito non tribuitur* (2). Si conosce dunque allora verificarsi il consenso delle due volontà, quando l'offerta è stata accettata. L'offerta è un progetto, che diviene contratto mediante l'accettazione. Non è però necessario, che l'accettazione si faccia immediatamente dopo l'offerta, può quella farsi con atto posteriore, e finacchè non si faccia sapere all' offerente esser stata accettata, l'offerente è nello stato di cambiare sentimento. Il momento il quale dichiara esser stata già fatta l'accettazione, determina l'epoca della ultimazione del contratto.

---

(1) *L.* 69. *de R. j.*
(2) *L.* 156. *de R. j.*

Quando la parte immediatamente accetta l' offerta, non vi è bisogno di un'atto particolare di accettazione.

II. Se poi sia necessario accettarsi l'offerta in tutta la sua estensione, o basti accettarsi in parte è risaputa dottrina de' giureconsulti romani. Così io offerisco cento, e si accettano cinquanta, o si domandano cento e si promettono cinquanta. Ulpiano e Paolo dissero esser formata l' obbligazione senza una nuova accettazione; *quia semper in summis, quod minus est sponderi videtur* (1). Ed altrove è detto: *manifestissimum est viginti decem inesse* (2). Questo sentimento non piacque a Giustiniano, che nelle sue civili istituzioni seguendo l' opinione di Cajo, disse: *Inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quae interrogatus fuerit non respondeat, veluti si quis decem aureos a te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra* (3). Vinnio (4) fa vedere come è stato adottato il sentimento di Paolo ed Ulpiano. Tommasio (5), Toullier in questo luogo dicono non esser ammisibile

---

(1) *L.* 83. §. 3. *de V. O.*

(2) *L.* 1. §. 4. *de V. O.*

(3) *Inst. de inutil. stipulat.*

(4) *Inst. de inutilibus stipulat.* §. 5.

(5) *Dissertatio de obligatione ex promiss. rei incertae* §. 65. *tom.* 3.

Einec. praelect. ad Grotium de jur. belli et pacis lib. 2. *Cap. II.* §. 4.

Digitized by Google

la massima: *Semper in summis, quod minus est sponderi videtur.*

Si è detto di sopra esser rivocabile l'offerta fino all' atto dell' accettazione. Ora si cerca sapere, se sia irrevocabile dal momento in cui è stata accettata, o da quello in cui ne venne in cognizione. Per l'accettazione di una donazione è ordinato nell' art. 856, nella di cui seconda parte è detto: non obbligare il donante, *se non dal giorno in cui gli sarà stato notificato l'atto, che comproverà l' accettazione*, ma questa solennità della notificazione sostiene Toullier non esser necessaria negli altri contratti, tostocchè l' offerente ne avrà acquistata la conoscenza, sono concorse le due volontà *in idem placitum*. Qui devono anche valere le dottrine relative dell' accettazione della donazione, cioè doversi fare l' accettazione mentre vive l' offerente, e dalla stessa persona di colui al quale la cosa fu offerta. Nè gli eredi dell' offerente possono esser vincolati dall' accettazione fatta dopo la morte di colui, che offerì, nè gli eredi di colui, che dovea accettare, possono a ciò devenire. È questo un dritto meramente personale non trasmesibile agli eredi (1).

Il consenso è espresso o tacito. Espresso quando si manifesta a viva voce o per scrittura: tacito, quando si manifesta coi segni, o col fatto, o anche

(1) Toullier *l. c. num.* 31.

son una inazione. Così col segno si manifesta la volontà: *Nutus est significatio voluntatis* (1). Cujacio (2) lasciò scritto: *Idque certissimum est apud omnes, nisi si qui sunt agrestes, aut barbari qui hoc nesciunt.*

Art. 1063. *Il consenso non è valido, se è stato dato per errore, se fu estorto con violenza, o fu carpito con dolo.*

Art. 1064. *L' errore non produce la nullità della convenzione, se non quando cade sopra la sostanza stessa della cosa, che ne forma l' oggetto.*

Non produce nullità quando cade soltanto sulla persona colla quale s' intende di contrattare, purchè la considerazione della persona non sia la causa principale della convenzione.

L' obbligazione deve nascere da un mio fatto, volontariamente da me manifestato. Da qui il principio generale delle obbligazioni convenzionali. Queste nascono tutte da un fatto, il quale se è onesto produce i contratti e quasi contratti, se è turpe dà origine ai delitti e quasi delitti. Si vede dunque che la volontà dei contraenti è la sorgente delle obbligazioni. Questa volontà però deve esser mossa da una causa, che la determina: senza tale causa niuno vuole obbligarsi: quindi se quella che mi determina io la credessi esistente, ma tale non sia, o non trovo esser

---

(1) *L.* 65. §. 3. *ad S. C. Trebellian.*

(2) *In tit. de verb. signif.*

quella, che io tale credeva, si conosce non esservi il mio consenso, e per conseguenza non esistere alcuna obbligazione. Ecco come l'errore sulla causa, ossia la falsità del motivo, che mi determina, annienta quella obbligazione alla quale mi sono determinato. Da quì è nato il risaputo principio de'giureconsulti, non valere un contratto quando l'errore diede causa al contratto. Volfio (1) ecco come conchiude in questa materia: la realtà della causa, ossia il motivo determinante è come una condizione inerente al contratto senza la quale il consenso non sarebbe stato dato, nè l'obbligazione si sarebbe formata. Siccome però può accadere, che non una sola causa sia quella la quale ci determina alle convenzioni, ed alle cause principali, si riuniscono gli accessorj: così la falsità di tali cause accessorie non vizia la obbligazione. È però da osservarsi, che quando due persone si determinano ad una obbligazione non sono necessitate a spiegare la causa per la quale si determinano: quando io contratto con Mevio non domando quale sia la causa per la quale voglia quello meco contrattare: questo motivo è per me indifferente: io domando solo, che Mevio dia il suo consenso. Da ciò si ricava che colui, che si obbliga mosso da una causa da lui creduta vera, è nell' obbligo manifestare obbligarsi per quel motivo, in altro caso siccome posson esser varie le cause per

(1) *Jus natur. part. 3. §. 505.*

le quali una persona si determina ad obbligarsi, trovatasene una falsa, si può sostenere valere per altri motivi. Così Tizio dacchè mi ha istituito erede, io mi mostro liberale verso mia nipote promettendole una pingue dote: celebrato il matrimonio, si scopre, che non era io l' erede, avendo Tizio fatto un secondo testamento. Se nella costituzione della dote io avessi espressa la causa per la quale mi determinai a dotare, sarebbe una obbligazione condizionale, ma avendo promesso puramente, sebbene quella causa si troverà falsa, si può dire che anche il vincolo del sangue mi determinò alla costituzione della dote. Non è necessario però di fare una condizione espressa di questo motivo, basta, che l' altra parte l' abbia conosciuta o dovuto conoscere, e che abbia dovuto quella riguardare, come una condizione della promessa, che accettava. È noto esservi delle tacite condizioni *quae insunt* nei contratti. Toullier tratta diffusamente tale dottrina relativa alla falsità della causa determinante una persona alle convenzioni, nel luogo citato num. 41. Nel nostro codice si vedono varj esempj di simil fatta. Negli articoli 1927, 1928 si ordina rescindersi una transazione, che venne fatta sulla idea, che taluni documenti erano veri: scoperti falsi, siccome la determinazione della volontà nacque da una falsa causa, perciò è dichiarata nulla la transazione. Nell' articolo 1846 è detto: *ogni contratto di rendita vitalizia costituita sopra la vita di una persona, che*

Digitized by Google

nel tempo del contratto già fosse defunta, *non produce alcuno effetto.*

È però d'avvertirsi aver io quì voluto seguire il sentimento di Volfio ch'è abbracciato da Toullier. Del resto non ignoro il contrasto tra Puffendorfio (1) e del suo annotatore Barbeiraccio. Il primo è dello stesso sentimento di Toullier, ma il secondo prendendo argomento *dal* §. 32. *delle civili istit. de legat.*, e dal responso di Papiniano (2) nel quale è detto: *Falsam caussam legato non obesse verius est: quia ratio legandi legato non cohaeret.* Conchiude dover valere la convenzione, sebbene sia derivata da una falsa causa.

Il celebre Pothier (3) conchiude. Non si può presumere, che le parti abbiano voluto far dipendere la loro convenzione dalla verità della causa, come da una condizione. Gli articoli però del codice relativi alla transazione dimostrano dover valere il sentimento di Puffendorfio. Di fatti per legge romana stabilivasi (4) che *ob novas repertas scripturas* non si viziava la transazione: non accade così per legge in vigore, come si rileva dall'articolo 1927.

L'articolo 1063 dice il consenso non è valido se

---

(1) *L.* 3. *cap.* 6. *num.* 7.

(2) *L.* 72. §. 6. *de condit. et demonstr.*

(3) *Tratt. delle obblig. num.* 20.

(4) *L.* 29 *c. de transact.*

è stato dato per errore. Si è veduto l' errore nella causa inducente alla convenzione, ma l' errore può cadere sulla cosa, e sulla persona colla quale si contratta. È ciò detto schiettamente nell'articolo 1064. Bisogna però avvertire che l'errore deve cadere *sopra la sostanza stessa della cosa, che ne forma l'oggetto*. Che se l' errore cada sulle qualità, che si credono esser inerenti alla cosa, non sarà nulla la convenzione. Non si presume che queste qualità abbiano dato motivo determinante per la celebrazione della medesima, a meno le parti non abbiano ciò espresso.

Non si può però negare esservi delle qualità talmente considerevoli, che formano la sostanza della cosa. Io intendo di comprare una mostra credendola di oro, la trovo esser di argento indorato. La compra è nulla. *Si aes pro auro veneat, non valet*, scrisse Ulpiano (1).

Si è detto di sopra esser nulle quelle convenzioni che traggono la loro origine dalla falsità di una causa. Ma che dirsi se Tizio si fosse obbligato a pagare dacchè credeva esser a ciò costretto dalla legge? un tale errore di dritto potrà essergli giovevole a segno, che si dichiari nulla l' obbligazione?

L' articolo 1063 chiaramente e senza alcuna distinzione dice: *Il consenso non è valido se è stato dato per errore*. Simile principio è fissato qual regola ge-

---

(1) *L.* 14. *contr. empt.*

nerale da valere per tutte le convenzioni. È noto a tutti coloro, che per poco siano versati nello studio legale, che non si possono ammettere nè distinzioni, nè eccezioni, che non sono nella legge specialmente addotte, quando non si tratta di una arbitraria disposizione, ma di un principio fondato sulla ragione e natura delle cose. Ciò posto si vede esser stata la volontà del legislatore quella cioè che resti annullato il contratto tanto se ebbe origine dall' errore di dritto, quanto se da quello del fatto. Questa disposizione è figlia della stessa ragione. Qualunque sia l' errore, che mi determina, o che sia la ignoranza del dritto o di fatto, se questa è la causa determinante della mia volontà, si vede che in me non vi fu consenso: mi sono determinato per un motivo che non esiste: ho fatto ciocchè io non intendeva fare. Così se una persona abbia per ignoranza invincibile rinunciato ad una successione, può esser restituito contro la sua rinuncia (1).

Per meglio render chiara la presente quistione è da sapersi consistere l'errore o ignoranza di fatto nel non sapere una cosa la quale esiste: *Si nescit esse tabulas, in facto errat* (2). L' errore o l' ignoranza di dritto consiste nel non sapere ciocchè una legge ordina, così nella citata legge disse Paolo: *Si ex asse*

(1) *Sirey tom.* 16. 2. *p. pag.* 376.

(2) *L.* 1. *§. ult. de jur. et fact. ignor.*

heres institutus non putet se bonorum possessionem petere posse, ante apertas tabulas (*in jure errat*). *Quod si nesciat esse tabulas, in facto errat.*

Papiniano (1) ecco come si espresse: *juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet; omnibus juris error in damnis amittendae rei suae, non nocet.*

Pothier nelle sue pandette tom. 1 dopo di aver definito l' errore di dritto e quello di fatto: dopo di aver spiegato i diversi effetti sì del primo, che del secondo, dice che in questa dottrina tutti convengono tra di loro gli scrittori, cioè se colui, che fece una cosa sia mossa da ignoranza di dritto, sia da quella di fatto, non può impedire di ripetere ciocchè si è dato o ritenuto per errore. *In eo autem conveniunt quod quid quid aliquis, sive per ignorantiam juris, sive per ignorantiam facti, gesserit, non ei obsit, quominus rem suam reposcere, aut retinere possit.*

Conchiudo questa materia con Domat, il quale pianta la stessa dottrina (2). Se l'ignoranza e l'errore di dritto è tale che sia l'unica causa di una convenzione, nella quale uno si obbliga ad una cosa non dovuta, e che non vi sia stata altra causa per istabilire l' obbligazione; questa causa trovandosi falsa, la convenzione sarà nulla. La regola precedente (è Do-

(1) *L. 7. de jur. et fact. ignorant.*

(2) *Lib. 1. part. 1. tit. 18. sez. 1. num. 14. e 15.*

Digitized by Google

mat che continua a parlare) non solo ha luogo per garantire colui, che per errore ha sofferta una perdita; ma ancora perchè uno non sia privato di un dritto, che ignora: *juris ignorantia suum petentibus non nocet* (1).

Resta dunque dimostrato che la ignoranza di dritto annulla la convenzione allorchè essa fu causa determinante del consenso. Sulle transazioni nelle quali vi è sempre qualche principio d'azzardo, cadendo *in re dubia*, l' errore di dritto, che alla stessa diede causa, non l' annullarebbe, come è detto nell' articolo 1924. *Non possono impugnarsi per causa di errore di dritto, nè per causa di lesione.* Una seconda eccezione è portata nell' ultima parte dell' articolo 1310 dove si parla della confessione giudiziaria: *Non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di dritto.* Queste sono le due sole eccezioni alla regola generale, cioè che tanto l'errore di fatto, che quello di dritto rendono nulla la convenzione: *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.* Nell' articolo stesso è detto relativamente all' errore, che cade sulla persona, che un tale errore *non produce nullità quando cade solamente sulla persona colla quale s' intende di contrattare*, è indifferente per me affittare il mio fondo a Cajo, o a Sempronio da me creduto per figlio di un mio amico. Non accade però nella stessa

(1) *L. 2. de jur. et fact. ignorant.*

maniera se io affittó una porzione del mio appartamento da me abitato a Cajo, che credei esser mio nipote. In questo caso io mi sono indotto ad affittare per aver il piacere di coabitare con mio nipote.

II. È nulla la convenzione *se fu estorta con violenza* dice lo stesso articolo 1063.

È cosa evidente, che quando manca il consenso, niuna idea si può avere del contratto: manca certamente tale consenso quando si usa della violenza reale e fisica sulla persona per obbligarla ad un'azione. Così se Tizio prenda la mia mano e faccia segnare un chirografo, non fu certamente ciò da me fatto liberamente, nè io poteva impedirlo; essendo la violenza: *majoris rei impetus cui resisti non potest.* In questo caso *propter necessitatem impositam contrariam voluntati* non vi è obbligazione (1).

Il timore al contrario non è ordinariamente che morale: questo agisce sulla volontà, che la determina a consentire ad un male minore per evitarne uno maggiore. Così Tizio armato assalisce me inerme, e mi domanda o mille o la vita, prometto io i mille per salvare la vita. È evidente di aver promesso ciocchè non avrei voluto promettere. Non si può però negare, che avrei potuto negarmi e preferire i mille alla vita: ho scelto pagare mille e salvarmi: la mia libertà non era che relativa a due

(1) *L.* 1. *quod met. causs.*

Quid si me tonsor.... Mart.

Digitized by Google

cose ambedue contrarie alla mia volontà. Il timore dunque era assoluto, ed il consenso nullo, perchè in realtà io non voleva nè l'una nè l'altra delle due cose, dunque mi si lasciò l'alternativa. Fu la legge talmente persuasa di tale ragione, che nell'articolo 1063 ha detto: *La volontà usata contro colui che contratta l'obbligazione, è causa di nullità, ancorchè sia stata usata da una terza persona diversa da quella a vantaggio di cui si è fatta la convenzione.* Quì non vale il principio de'stoici: *voluntas coacta, voluntas est.* Non più necessità il beneficio della restituzione, che si accordava dal pretore.

Allora però dicesi nell'articolo 1066 essersi usata violenza, quando la minaccia è di natura tale a fare *impressione su di una persona ragionevole, e possa ispirarle il timore di esporre la propria persona o le sue facoltà ad un male considerevole e presente.* Nel dritto romano (1) si diceva dover esser tale, che *cadat in constantissimum hominem*: la nuova legislazione dice Toullier nel luogo citato è stata più indulgente. Sirey (2) riferisce essersi deciso dalla corte di Bruxelles, doversi riputare nullo un contratto di cessione acconsentito da una giovane gravida, dacchè la di lei madre l'aveva fatta chiudere in una camera minacciandola di abbandonarla ne' dolori del parto, nel caso non avesse firmata la cessione.

---

(1) *L. 5. de met. causs.*

(2) *Tom. 10. p. 559.*

Il timore influisce più o meno secondo la diversità delle persone, e diversa educazione: quindi il codice nella seconda parte dell'art. 1066 disse: si riguardano in questa materia *l'età, il sesso, e la condizione delle persone.* Savia però la legge nelle sue disposizioni, previde il caso del timore riverenziale: di fatto il timore de'figli per i loro ascendenti e quello de'sposi l'uno rispetto all'altro è un sentimento troppo vivo perchè si possi presumerlo compatibile con una libertà sufficiente. Sarebbe in qualche modo interdire i contratti fra gli ascendenti ed i discendenti, se il solo timore rispettoso di questi ultimi verso i loro ascendenti fosse una causa sufficiente di nullità. Quindi nell'articolo 1068 è detto. *Il solo timore riverenziale verso il padre, la madre o altri ascendenti, senza che vi sia concorsa una violenza di fatto non basta per annullare un contratto.* Questa violenza di fatto deve esser provata da colui, che reclama: la legge, come si è accennato presume un sentimento assai vivo di amore fra simili persone.

Giustamente la legge romana disse (1) dover la violenza esser non legalmente fatta, cioè ingiusta. Le vie di diritto, il timore incusso legalmente dal magistrato, quando però siasi proceduto a norma delle legali disposizioni, non producono simile conseguenza. Così Tizio carcerato per debiti o delitto,

---

(1) *L.* 1. *quod motus causa.*

Digitized by Google

se nelle carceri formerà una convenzione, non perchè è fatta nelle carceri, dovrà dichiararsi nulla: *vim accipimus atrocem et eam quae contra bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit: scilicet jure licito, et jure honoris quem sustinet* rispose Ulpiano (1).

È però d' avvertirsi che tutte le vie che non sono illecite, nè ingiuste, ma che hanno solamente un impulso per obbligare con motivi leciti ed onesti non bastano per annullare le convenzioni. Perciò il consiglio e l' autorità delle persone, il cui rispetto obbliga a qualche condiscendenza, come di un padre, di un magistrato o di altre persone costituite in dignità, e che s' interessano ad esortare e ad obbligare a qualche convenzione senza violenza e senza minacce, sono motivi la cui impressione non toglie la libertà, e non annulla le convenzioni (2).

Art. 1070. *Il dolo è causa di nullità della convenzione: quando i rigiri praticati da uno de' contraenti sieno evidentemente tali, che senza di essi l' altra parte non avrebbe contrattato.*

Il dolo non si presume, ma dee provarsi.

---

(1) *L. 3. quod metus causa.*

Si costumava nel nostro foro formarsi tali obbligazioni extra carcerem.

(2) *L. 26. §. 1. de pignor. domat. sez. III. l. c. num. 9.*

Chiamasi dolo ogni frode, inganno, artificio, finzione, ed ogni altro cattivo mezzo per ingannare qualcheduno. *Labeo definit: dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* (1). Siccome la violenza è madre del timore, ed annulla il consenso per mancanza di libertà; così il dolo produce o mantiene l' errore il quale distrugge il consenso nel suo principio. Certamente non si può formare un valevole consenso, quando sia stato dato per causa di errore derivato dal dolo. Difatto, se l' errore determinante annulla le convenzioni allora anche che la persona non abbia contribuito a far nascere o a mantenerlo nello spirito di colui, ch' è stato ingannato, molto più, quando un tale errore è stato originato dal dolo o cattiva fede di un' altra persona, specialmente se siavi dolo dall' altra parte. Esiste allora un doppio motivo per annullare la convenzione. 1.° L' errore determinante, che distrugge il consenso, o per dir meglio, che dimostra non esservi stato giammai. 2.° Il principio di giustizia obbliga ciascuna persona a riparare il danno cagionato ad un terzo per nostro fatto, e che gli ha tolto il diritto di accettare una promessa estorta dai suoi artificj.

Non si può concepire idea di dolo senza l' animo d' ingannare. Non vi è propriamente dolo, allorchè

(1) *L.* 1. *de dolo.*

Digitized by Google

una parte è stata ingannata senza che l'errore si possa ad altri attribuire: così Tizio mi vende un cavallo da lui comprato da pochi giorni: non mi manifesta il vizio interno del cavallo dal che lo ignorava: quì non vi sarà alcuna idea di dolo, dacchè manca l'animo d'ingannare. Dicono i dottori esservi un dolo reale non mentale. Si dice nella legge romana: *etsi nullus dolus intervenit stipulantis, sed res in se dolum habet* (1). In questo caso vi è la lesione, ma non già il dolo.

Siccome colui, che ha l'animo d'ingannare, e nel fatto usa de' rigiri lede i dritti del terzo, e commette in conseguenza un delitto; così non dovendosi il delitto presumere, ma provare, giustamente è detto nell'ultima parte dell'articolo 1070: *il dolo non si presume: deve provarsi*: *Sed an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur* (2). Venne deciso dalla corte di cassazione di Parigi che le quistioni di frode, di violenze capaci a far annullare un contratto sono ordinariamente quistioni di fatto, per cui non entra la cassazione in tale cognizione, ma i giudici del merito (3).

Art. 1071. *La convenzione contratta per errore, violenza o dolo, non è nulla* ipso jure, *ma soltanto*

---

(1) *L.* 36. *de V. O.*
(2) *L.* 3. *dol. mal.*
(3) Sirey *tom.* 6. 2. *p. pag.* 614.

dà luogo ad agire per la nullità o rescissione, ne' casi e ne' modi spiegati nella sezione VII. del capitolo V. del presente titolo.

Sebbene nel consenso vi fosse errore, violenza o dolo, non è altrimenti vero che il contratto esista con un consenso apparente, e che fin d' allora questo contratto conservi la stessa forza, come se fosse legittimo fino a che queste eccezioni sieno state provate da colui, che le impugna. Così il contratto non è nullo di pieno dritto, conviene, che *caussa cognita* l' atto sia rescisso, cioè dichiarato nullo dal giudice.

Art. 1072. *La lesione vizia le convenzioni soltanto in taluni contratti e per riguardo a talune persone siccome venne spiegato nella medesima sezione.*

La lesione è definita da Toullier (1): esser il pregiudizio che risente una delle parti allorchè il prezzo del contratto o i carichi sono al di sopra o al di sotto del valore comune ed ordinario della cosa. La lesione non rende nulle le convenzioni nel loro principio, giacchè non toglie il consenso, ma solamente dà luogo alla risoluzione del contratto a riguardo di talune convenzioni, e persone. *Licet in emptione et venditione se mutuo circumvenire* disse Pomponio, come è rapportato da Paolo (2).

---

(1) *L. c.* §. 6.

(2) *L.* 22. *l. c. conduct.*

Digitized by Google

Art. 1073. *Niuno in generale può obbligarsi o stipulare nel suo proprio nome, fuorchè per se stesso.*

Art 1074. *Ciò non ostante può taluno obbligarsi per un terzo, promettendo il fatto di costui. Tale promessa dà soltanto dritto ad una indennità contro colui, che si è obbligato, o che ha promessa la ratifica, se il terzo ricusa di adempiere l' obbligazione.*

È cosa risaputa nel gius romano, che *alteri stipulari non potest* (1). È regola di dritto (2): *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.* Non ostante che Grozio (3) dimostri esser uniforme alla ragione: *hominis interesse alterum hominem beneficio affici*; pure la legge nuova e vecchia giustamente dalla ridetta equità naturale vollero allontanarsene. Quando io ho stipulato con voi qualche cosa a favore di un terzo, siccome in forza di questa convenzione non si contrae obbligazione nè verso questo terzo, nè verso me, la convenzione è nulla. È cosa evidente, che voi non contraete alcuna obbligazione verso del terzo, perchè è principio di dritto, che le convenzioni non debbono avere effetto che tra i contraenti, e perciò non possono apportare alcuno dritto ad un terzo, che non era parte. Parimenti in forza di questa convenzione voi

---

(1) *Instit. de inutil. stipul.* § 18.

(2) *L.* 73. *de reg. jur.*

(3) *Lib.* 2. *cap. II. n.º* 18. *de jur. bell. et pacis.*

non ne contraete alcuna verso di me, perchè non avendo io alcuno interesse pecuniario che possa calcolarsi su di ciò che ho stipulato in favore di un terzo, dalla inesecuzione della promessa non ne posso soffrire alcun danno, e voi potete impunemente trascurarla. Ora nulla vi ha di più contradittorio coll' obbligazione civile, che la facoltà di contravenirvi impunemente. *Alteri stipulari nemo potest*, scrisse Ulpiano (1): *inventae sunt obbligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: caeterum ut alii detur nihil interest mea.*

I romani solevano unire alle convenzioni fatte a beneficio di un terzo per farle valere una pena convenzionale. *Si Titio centum non dederis eamdem pecuniam mihi dabis?* Questa stipula aveva poi la sua esecuzione. Il nostro legislatore volendo togliere tutti i cavilli e ravvicinare le dottrine legali alla naturale equità saviamente piantò il principio: *Niuno in generale può obbligarsi o stipulare nel suo proprio nome, fuorchè per se medesimo.* Indi ne dà una eccezione: *ciò non ostante può taluno obbligarsi per un terzo, promettendo il fatto di costui.* Soggiunge l' articolo: *Tale promessa però dà soltanto dritto alla indennità contro colui, che si è obbligato, o che ha promessa la ratifica, se il terzo ricusa di adempiere alla obbligazione.*

---

(1) *L.* 38. *de V. O.*

Digitized by Google

Ora è certo non poter noi obbligare un terzo : il fatto di questo non è in nostro arbitrio: *si quis alium daturum facturumve quid promiserit*, *non obligabitur* dicesi nelle istituzioni *de inutilibus stipulationibus*, e nella *l.* 83. *de V. O.* è anche lo stesso ripetuto : *alius pro alio promittens daturum facturum non obligatur*; *quum de se quemve promittere oportet*. Si può però render garante per un terzo in promettendo il di lui fatto. In questo modo promette il fatto proprio, e perciò per questa propria obbligazione coloro al quale si è promesso il fatto altrui, ha un dritto alla indennità non volendo quel terzo adempiere : è tenuto ai danni, ed interessi (1).

Art. 1075. *Si può egualmente stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che si fa per se stesso o di una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatta questa stipulazione, non può rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.*

Art. 1076. *Si presume che ciascuno abbia stipulato per se, pe' suoi eredi, e per quelli che hanno causa da lui, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.*

Una persona potrà rendersi garante per un altra o che questa sia maggiore o minore. Sebbene il ter-

(1) *L.* 8. *de verb. obligat.*

zo nel quale io mi obbligai, non era capace ad obbligarsi, così poco importa, che l' obbligazione del minore possa annullarsi, pure colui, che si è pel minore obbligato, resta vincolato dalla convenzione (1).

Nella stessa maniera è tenuto se il garantito si rifiuta per la sua obbligazione o ratifica (2). Anche nel dritto romano colui che *fidejubebat pro pupillo* restava obbligato non ostante, che il pupillo non si poteva validamente obbligare (3).

Dicesi nell' articolo 1035 *colui, che ha fatto questa stipulazione, non può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerla accettare.* Così essendosi fatta una vendita a favore di più individui de' quali taluni sono presenti, ed altri assenti, il contratto è valido anche a favore degli assenti, ancorchè niuno abbia promesso il loro fatto, purchè però dichiarano o essi o i loro eredi di voler profittare di tale contratto. Sebbene in questo caso il presente pagasse tutto il prezzo, per questo non sarà esente dalla restituzione de' frutti verso l' assente (4).

È dottrina nota a tutti, che colui che contratta si presume contrattare per se, e suoi eredi e successori.

---

(1) Sirey *tom.* 14. *p.* 1.
L. 52. *de pact. pag.* 117.
(2) Sirey *tom.* 15. 1. *p. pag.* 279.
(3) *L.* *de fidejuss.*
(4) Sirey *tom.* 12. 2. *p. pag.* 294.

Digitized by Google

Cessa la presunzione quando siasi espressamente detto non doversi riguardare la persona dell' erede. *Qui paciscitur, sibi heredique suo pacisci intelligitur.*

Tutte le eccezioni reali che competono al defunto passano agli eredi. Quella dell'arresto personale, come è deciso nell'artic. 1889 non si trasmette contro gli eredi.

Sezione II.

Della capacità de' contraenti.

SOMMARIO.

I. *In quali casi, ed in quale età si permetta al minore contrattare. Dottrina sul minore emancipato, e non emancipato: se la diversità della età bisogna che oggi sia osservata.*

II. *Dottrina sulle donne maritate, ed interdetti.*

Art. 1077. *Ogni persona può contrattare se non è dichiarata incapace dalla legge....*

I. Le convenzioni devono esser riguardate di dritto comune: quindi tutte le persone possono contrattare, se non sono dichiarate incapaci dalla legge. A nulla servirebbe la loro volontà di voler contrattare, quante volte la legge avesse i medesimi dichiarati incapaci.

ART. 1078. *Sono incapaci a contrattare ne' casi espressi dalla legge*

i minori,

gl' interdetti,

le donne maritate

e generalmente tutti coloro a' quali la legge proibisce taluni contratti.

Nell' articolo 817 si disse: *Perchè taluno possa far donazione tra vivi o testamento*, è *necessario*, *che sia sano di mente.* Questa massima è applicabile a tutte le obbligazioni.

Vi sono delle incapacità, che derivano dalla natura. La legge civile altra cura non si prende se non quella di stabilire delle regole per determinarle ed applicarle. Vi sono delle incapacità che derivano dal gius civile, e non già dalla natura. Di simile fatta è la incapacità della donna maritata. Vi sono delle incapacità che non sono relative ad alcuni contratti: ma ve ne sono delle generali. Tale è quella de' minori, degl' interdetti, delle donne maritate non autorizzate.

Del resto siccome questa incapacità è stabilita in loro favore, essa non può esser invocata contro di essi da quelli con i quali contrattarono, e quando la minorità, l' interdizione o la potestà maritale cesseranno, essi medesimi possono consolidare i loro impegni con una ratifica, o colla esecuzione del contratto.

Digitized by Google

Nell' articolo 1259 si parla delle obbligazioni de' minori e si fa la distinzione, se siano emancipati o no. Eccone le parole: *La semplice lesione dà luogo alla restituzione in favore del minore non emancipato contra qualunque sorta di convenzioni*; *ed in favore del minore emancipato*, *contro tutte le convenzioni che oltrepassano i limiti della loro capacità.* Da questo articolo siamo istruiti che i minori non emancipati sono incapaci per tutte le obbligazioni. I minori poi emancipati sono incapaci per tutti gli atti che sorpassano i limiti dell' amministrazione.

Piantate tali dottrine si cerca ora sapere, se nei minori che contrattano si debba badare alla loro età. I romani fecero varie distinzioni sulla età del minore. Divisero primieramente la prima età dell' uomo in pupillare e minore. Quella terminava nelle femmine ai dodici anni compiti, ne' maschi 14 compiti. Questa avea il suo termine nell' anno 25 compito.

L' età pupillare veniva poi suddivisa nella infanzia, che durava fino ai sette anni: prossima all' infanzia, (come osserva l' Eineccio nelle sue recitazioni *de aucthoritate tutorum*). Era fino ai dieci e mezzo ne' maschi, nove e mezzo nelle femmine. Prossima alla pubertà fino ai dodici compiti nelle femmine, ai 14 compiti ne' maschi. Cominciava indi la minore età e terminava la tutela. Furono però da Antonino obbligati a domandare il curatore, che se le dava *non redditis caussis.* Questa età minore du-

trava fino a' 25 compiti sì ne' maschi, che nelle femmine. Solamente sotto degl' Imperadori venne introdotta la dispensa dalla età detta *venia aetatis* mediante la quale alle femmine nella età di anni 18, ai maschi venti se gli permetteva poter formare de' contratti, e per questi non potevano avere la restituzione *in integram* a loro vantaggio introdotta dal Pretore, *ne ex indulgentia imperiali laesi esse viderentur* coloro che con tali persone contrattassero.

I minori che erano nella pupillare età, ma nel primo stadio della vita, detto *infanzia*, a questi assolutamente era proibito contrattare: il loro contratto sebbene potesse a loro riuscire favorevole, pure era riputato nullo, dacchè gl' infanti non sono sani di spirito, e non hanno senno a poter contrattare: *quia hujus modi pupilli nullum habent intellectum*: tali contratti sono fatti *jocandi causa*. Nel resto della loro pupillare età, avevano bisogno dell' autorità del tutore per contrattare. Tali contratti però non erano nulli, ma potevano reggere in due maniere. 1.° Se fossero favorevoli ai pupilli migliorando la loro condizione, cioè non restando essi obbligati, ma avendo altri a loro obbligati. *In proximis infantiae propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi* (1). 2.° Se poi non avessero migliorata la loro

(1) §. 10. *Inst. de inutil. stipul.*

Digitized by Google

condizione, ma divenuti maggiori avessero quelli espressamente o tacitamente ratificati: tali obbligazioni conseguivano l'effetto delle valide convenzioni. Si deve quì ricordare, che tali contratti *claudicabant semper pro parte pupillorum*, ma erano obbligatorj per coloro, che col minore avessero contrattato. *Non debet adversus pupillos observari, quod pro ipsis excogitatum est* (1). Quindi è detto nella *legge* 13. §. 29. *de act. empt.*: *Si quis a pupillo, sine tutoris aucthoritate emerit, ex uno latere constat contractus, nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obbligat.* Per riguardo dunque a colui ch'è capace e si obbliga col pupillo, *mero jure* a suo riguardo è nullo il contratto (2). È assioma che una legge fatta ad utile di una persona non possa quella ritorcersi a danno della medesima.

I contratti poi fatti da' minori erano validi, ma potevano esser rescissi mediante la restituzione *in integrum* quante volte fossero stati lesi: un tale beneficio se gli accordava, *non quia minor, sed quia laesus.*

Il nostro codice non riconosce la distinzione di età pupillare e minore. Tutti coloro i quali non hanno compiti gli anni 21 sono riputati minori. Fino a questa età sono o sotto la patria potestà o sotto della tutela. O che siano viventi i loro genitori, o che

---

(1) *L.* 3. §. 5. *de carbon. edict.*

(2) *L.* 16. *de minorib.*

siano morti, promiscuamente vengono chiamati minori. Riconosce la nuova legge l'emancipazione espressa o tacita negli art. 288, 399. Il matrimonio fa uscire uno dalla patria potestà o dalla tutela, o pure deve aver compiti gli anni 21. In questa età neppure è autorizzato a formare tutti i contratti alla rinfusa. Pel matrimonio deve il maschio aver compiti gli anni 25. Per le femmine gli anni 21. Dippiù venne dal nostro Re con molta saviezza deciso nell' articolo 295, che il figlio tuttocchè maggiore, priacchè non giunga agli anni 25 compiti avrà bisogno del concorso del padre nell'atto, o del suo consenso in iscritto, allorchè vorrà 1.° ipotecare donare o alienare gl' immobili non acquistati colla propria industria; 2.° prendere denaro a mutuo, anche sotto aspetto di altro contratto qualunque; 3.° riscuotere capitali non acquistati colla propria industria, e farne quietanza.

Nell' articolo 1079 dicesi esser i minori incapaci a contrattare. Nell' articolo poi 1259 si fa la distinzione de' contratti formati da' minori non emancipati, e da coloro che sono emancipati. I primi sono dichiarati nulli, e si dà luogo alla rescissione *contro qualunque sorta di convenzione*. Per i secondi si procederà nello stesso modo *contra tutte le convenzioni che oltrepassano i limiti della sua capacità.*

A fare quindi bene i conti la legislazione novella confonde gl' impuberi prossimi all' infanzia e prossimi alla pubertà. Sono dichiarati incapaci ad obbli-

Digitized by Google

garsi: vuole però, che la loro incapacità non possa esser ai medesimi opposta dai capaci, che con loro contrattarono (1). Sono essi capaci ad obbligare gli altri, ma incapaci ad obbligare loro stessi. Ma sono assolutamente nulle, o pure soggette a rescissione le loro convenzioni? Toullier, ecco come risponde. Bisogna distinguersi nella stessa maniera, che si faceva nel gius romano. Sono nulle, se quelli contrassero senza l'autorità del tutore: sono valide e solamente suscettibili di rescissione, se sono stati legalmente autorizzati. La ragione che dà il citato autore la desume dall'articolo 1258 nel quale è detto: *L'azione per annullare o per rescindere un contratto dura dieci anni.* Dal che dicesi annullare, o rescindere, conchiude esservi delle obbligazioni nulle, e di quelle, che si possono rescindere. Che vi siano delle obbligazioni nulle fatte dal minore ciò si rileva dall' espressione dell'articolo 1265 nel quale dicesi: *Non è più ammesso ad impugnare l'obbligazione sottoscritta nella sua minore età, quando divenuto maggiore l'ha ratificata, sia che tale obbligazione fosse nulla nella sua forma, sia che fosse solamente soggetta a restituzione.* È nulla l'obbligazione del minore per mancanza *di forma*, allorchè è stata formata senza l'autorizzazione del tutore, cioè come si disse nel capitolo dell'amministrazione della tutela, quando si pro-

(1) *Art.* 1079.

cede negli affari del minore senza osservare quanto è dalla legge stabilito. Quando poi vi è stata l' autorizzazione del tutore, potrà esser il contratto soggetto alla *rescissione* ossia *restituzione*. O che si attacchi il contratto come nullo, o che si voglia applicare il beneficio della restituzione sempre anche per novella legislazione è applicabile l'assioma romano *Minor non restituitur tamquam minor, sed tamquam laesus*. Conchiude Toullier: Questa differenza che si adduce fra le obbligazioni fatte coll' autorizzazione, e quelle senza autorizzazione è fondata sulla ragione, che non permette accordarsi lo stesso effetto, e la medesima forza alle obbligazioni dallo stesso indipendentemente celebrate, e quelle fatte coll'autorità del tutore, ossia di quel sorvegliante, che gli è dato dalla legge.

Questo sentimento di Toullier sulla necessità di doversi distinguere tra la nullità del contratto, e la rescissione è contradetta da Delvincourt, il quale opina, che le espressioni usate dal codice *sulle azioni di nullità o di rescissione de' contratti* siano sinonime. Si può però leggere la nota, che Toullier fa nella pagina 119 tom. 7. del suo corso di dritto francese. Il sentimento del citato autore Toullier è lo stesso di quello rapportato da Pailliet (1) all' articolo 1124 che corrisponde all' articolo 1079. Si co-

(1) *Not.* 4.

Digitized by Google

nosce però, che Pailliet ha copiato solamente quanto aveva scritto Toullier. Negli articoli 404, 405, 406, 407 sono numerati tutti gli atti, che si possono fare dal minore emancipato.

Per quello, che riguarda gl' interdetti. Essendo la interdizione figlia della demenza o furore è noto che tutti i contratti fatti dopo la interdizione sono nulli. È deciso nell' articolo 426 *esser nullo per dritto qualunque atto fosse stato fatto posteriormente dall' interdetto, o senza l' assistenza del consulente.* L' interdetto è sottoposto alla tutela ugualmente che il minore, e perciò siccome il minore è incapace ad obbligarsi, così lo è anche l' interdetto. La sua incapacità non è che relativa, non può esser opposta da coloro, che ebbero la imprudenza di contrattare collo stesso. Non bisogna, che l' interdetto provi esser stato leso per fare annullare il suo contratto. Tutti gli atti fatti dopo la sentenza della interdizione di pieno diritto sono nulli. Dunque non si può sostenere esser stati fatti ne' lucidi intervalli. Gli atti fatti prima della sentenza possono esser rescissi, se potevano esser annullati essendo la causa della interdizione *notoriamente* esistente prima della ridetta sentenza (1). Colui che contratta con persona notoriamente priva di senno è in mala fede: non così però se la causa della interdizione era sconosciuta. Si pre-

(1) *Art.* 426.

sume che l'uomo sia sano di mente, e non già privo di senno. La Città non deve risentire un danno per causa della negligenza de' parenti, che non provocarono la interdizione (1).

Le donne maritate è deciso oggi, contro il sentimento di Pothier, esser incapace relativamente e non assolutamente. Non possono contrattare senza l'autorizzazione del marito, menocchè non sia separata de' beni, o separata di corpo, o abbia de' beni parafrenali. In questi casi potranno fare degli atti amministrativi. Queste dottrine sono state enunciate *nel capitolo V. de' dritti e de' rispettivi doveri de' conjugi* (2).

Art. 1079. *Il minore, l' interdetto e la donna maritata non possono impugnare per causa d'incapacità le loro obbligazioni, all' infuori de' casi preveduti dalla legge.*

---

(1) *Se poi la interdizione accade per effetto di un delitto pel quale il regnicolo venghi privo della amministrazione de' suoi beni, e sospeso dall' esercizio de' dritti civili, in questo caso siccome la legge stessa propone quali siano i dritti de' quali non possa far uso, e nella sentenza si devono spiegare quali siano quei dritti de' quali gli è tolto l' esercizio, perciò dalla stessa sentenza si rileva, se le convenzioni siano valide o no.*

(2) *Art.* 201. *e segg.*

Digitized by Google

Le persone capaci di obbligarsi non possono opporre l' incapacità del minore, dell' interdetto o della donna maritata, co' quali abbiano contrattato.

L' articolo 1079 ci dimostra non esser nella libertà di coloro che dalla legge sono dichiarati incapaci attaccare le loro obbligazioni, e sostenere, dacchè sono state fatte da essi che sono persone incapaci, non debbano valere. Se le loro obbligazioni possono esser attaccate di nullità, o se possono domandare la restituzione, in questo caso vengono autorizzati a poter reclamare contro delle loro obbligazioni. Così se il minore avesse fatto il contratto senza autorizzazione o lo avesse fatto coll' autorizzazione, ma fosse stato leso, sarebbero questi i casi ne' quali potrebbe il minore attaccare la sua convenzione. Se la donna maritata, avesse fatto il contratto senza l' autorizzazione del marito, se l' interdetto senza del suo tutore. Ma si finga esser stato alienato un fondo del minore, e che siano state adoperate tutte le formalità prescritte dalla legge, ancorchè fosse stato leso, non potrà esser restituito a norma di quanto è detto nell' articolo 1268. È considerato in questo caso il contratto, come fatto da un maggiore.

L' ultima parte dell' articolo è stata spiegata nel principio della sezione.

Sezione III.

Dell' oggetto e della materia de' contratti.

SOMMARIO.

I. *Quali sono le cose che diconsi fuori di commercio: dottrina della legge romana: se questa debba pienamente adottarsi. Dall' obbligazione il creditore ne deve ricavare un qualche utile.*

II. *Che s' intenda per cosa indeterminata, e determinata: Se si possono stipulare le cose future: Se rinunciare alla eredità di un uomo vivente.*

Art. 1080. *Ogni contratto ha per oggetto una cosa che uno de' contraenti si obbliga di dare, di fare, o di non fare.*

Art. 1081. *Il semplice uso o il semplice possesso....*

I. Si è detto di sopra che le obbligazioni sono modi di acquistare il dominio: ora se il dominio può acquistarsi sulle cose mobili, ed immobili: queste dunque possono formare l' oggetto ossia la materia di un contratto, quante volte la legge non si oppone.

Coll' essersi detto che una cosa possa esser oggetto di un contratto, si è fatto uso di una espressione

Digitized by Google

assai estesa, volendo intendere il legislatore tutto ciò di cui l'uomo ne può ricavare qualche vantaggio. Quindi le azioni degli uomini, ed anche le ommessioni potendo esser di giovamento allo stipulante, possono formare materia di un contratto. Ciò posto, si capisce facilmente la ragione per la quale l'articolo 1081 dicesi: *Il semplice uso o il semplice possesso di una cosa può esser oggetto di contratto, come la cosa medesima.* Posso dire prometto darvi la mia casa, e posso anche promettere l'uso della casa.

Art. 1082. *Le sole cose che sono in commercio possono esser oggetto di convenzione.*

Il codice quì non spiega quali siano le cose le quali sono nel commercio, quali quelle fuori del commercio. Dice Toullier esser la redazione su questo punto assai oscura. Io mi tratterò in questa materia analizzandola coi stessi principj de' quali si è servito il citato autore.

Ulpiano (1) definisce il commercio: *Emendi vendendique jus.* Delvincourt (2) dice esser il commercio quel traffico che si fa o del denaro, o delle derrate affinè di lucrare (3). Le cose dunque che si possono vendere e comprare, sono nel commercio: quelle le quali non si possono vendere e comprare sono fuori

(1) *Fragm. tit.* 19. §. 5. *e tit.* 20. §. 13.

(2) *Istit. sul cod. di commercio.*

(3) *Istit. di comm. tit. I.*

del commercio. Presa la espressione in questo senso si conosce, che i beni de' minori, quelli degl' interdetti sono fuori del commercio. Difatti il Pretore nel dichiarare il prodigo caduto nella interdizione diceva nella sua formola: *tibi ea re commercioque interdico.*

Le cose che formano il patrimonio del principe o del regno diconsi fuori del commercio, giacchè non si possono vendere senza l' espresso consenso del Re. Così parla Ulpiano (1), ed essendo fatta tale convenzione, l' obbligato *nec aestimatio eorum debet praestari; quoniam commercium eorum, nisi jussu principis non fit, cum distrahi non soleant.* Conchiude il citato autore, che presso de' romani erano considerate cose fuor di commercio quelle, le quali non si costumava vendere. Molte volte però accadeva che una persona aveva la cosa fuor del commercio, e l' altro no. Così il giudeo non avea nel commercio un servo cristiano, ma lo avea il cristiano. I presidi non potevano acquistare de' fondi delle provincie che governavano. Tale dottrina non è però da adottarsi pienamente. Sono altre le vedute del nostro codice.

Dal detto fin quì si vede, che diconsi cose fuori del commercio quelle le quali non possono esser oggetto di convenzione; cioè quelle che non possono

---

(1) *L.* 39. §. 10. *de leg.* 1, §. 2. *Instit. de inutil. stipulat.*

Digitized by Google

formare materia di commercio, come di esser cambiate con un altra cosa, o cedute, o vendute per riceverne un prezzo: ma per dire tutto in una parola: diconsi cose fuori di commercio quelle, che non sono suscettibili di una privata proprietà.

Bisogna però mantenere in osservanza la dottrina di Paolo (1) cioè: esservi delle cose le quali sono fuori di commercio *natura vel gentium jus, vel mores civitatis, commercio exuerunt.* Così l'aria, l'acqua profluente, ed il mare sono cose sebbene a tutti comuni, pure niuno di tali cose ne può divenire proprietario. Queste sono quelle di cui ad ognuno si accorda l'uso, e si nega la proprietà, come è detto nell'articolo 634. Sono queste cose di un uso a tutti comune, e sono inesauribili: si possono in parte possedere, ma non stabilmente averne la proprietà. Si ripongono anche nella classe delle cose fuor di commercio quelle che costituiscono le regalie del Re. Così il dritto di coniare monete, di esercitare giurisdizione, creare magistrati: questi dritti sebbene fossero ceduti, o in qualunque maniera posseduti, giammai la proprietà delle medesime può esser separata dalla persona del Re. Quindi coll'abolizione de' feudi, vennero anche abolite tali prerogative concesse al baronaggio, specialmente nell'epoca di Alfonso di Aragona.

---

(1) *L. 34. §. 1. de contrah. empt.*

Toullier conchiude, che a tre classi si possono comodamente ridurre le cose che sono fuori di commercio. 1.° Le cose che i giureconsulti dicono *comuni*: 2.° I dritti inerenti alla sovranità. 3.° I dritti contrarj alla libertà dell' uomo. La schiavitù è assolutamente abolita dalle nostre leggi. Nell' articolo 2132 dicesi: *Non si può prescrivere il dominio delle cose, che non sono in commercio.*

Questi tre oggetti per natura sono fuori del commercio. Non bisogna però confondere le cose le quali sono destinate ad uso pubblico, come le strade, i muri della città, castelli ec. Queste sono fuori del commercio durante la loro durata nel pubblico uso: se il castello cessa di esser tale: la strada sia cambiata, o resa inservibile, possono esser vendute, secondo le regole amministrative. Così i beni delle chiese diconsi inalienabili, ma se la necessità, o l' utile della chiesa lo richieda, potranno alienarsi a norma di quanto è ordinato dal dritto canonico, e civile.

Art. 1083. *L' obbligazione debbe avere per oggetto una cosa determinata, almeno riguardo alla sua specie.*

II. Una cosa allora è determinata nel senso de' giureconsulti quando si conosce la specie, la qualità, e quantità. Scrisse Cajo: *certum est quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus.*

Digitized by Google

Se in una promessa si deduce una cosa talmente indeterminata, che non se ne possa conoscere l' oggetto preciso, è cosa evidente, che non potrebbe esservi convenzione. Così se si fosse promesso un animale, una pianta, un fondo ec. tale promessa sarebbe nulla, non potendosi conoscere l'oggetto caduto nella promessa. : *fundo, domo legatis, non intelligitur quid testator reliquerit: nam fundi nomine vel minima pars fundi, quae funda mitti potest, significatur* (1). Dandosi una mosca, un'insetto qualunque, sarebbe sciolta, ed eseguita la obbligazione. Se poi si deduca nella promessa un oggetto indeterminato, ma che possa dalle circostanze esser determinato, siccome non si deve presumere aver voluto i contraenti scherzare, ma obbligarsi, vale la stipola. Prometto un cavallo. Questa promessa può benissimo realizzarsi: si darà un cavallo che non si sia nè ottimo, nè pessimo (2). Vale la convenzione, se la cosa abbia delle qualità necessarie per renderla propria all'uso al quale è destinata, come si dice nell'articolo 1487. Ma perchè non dare il migliore tra i cavalli? perchè si deve interpretare esser sufficiente, che la cosa possa esser adoprata per l'uso proposto: La risposta è data da Celso (3). *Quid quid adstringendae obbligationis est, id nisi palam verbis*

---

(1) *L.* 60. *de verb. signif.*

(2) *L.* 37. *princ. de legat.* 1.

(3) *L.* 99. *de V. O.*

exprimitur, ommissum intelligendum est ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. Si sa esser migliore la condizione del debitore: non si presume essersi uno obbligato *in duriorem caussam.*

Nella stessa maniera se ho promesso un fondo, una casa, la cosa è indeterminata. Queste dottrine sono tutte espresse da Papiniano (1). Così se si dica prometto denaro, grano, vino. In generale dedotte queste cose nella convenzione senza fissarle ad una determinata somma, rendono nulle le convenzioni. Conchiude l' articolo 1083: *La quantità della cosa può esser incerta, purchè possa determinarsi.* Così prometto di alimentare Sempronio: questa promessa può aver luogo, potendosi determinare la quantità degli alimenti.

Ciocchè forma l' oggetto della promessa bisogna, che sia utile allo stipulante: si disse, che le obbligazioni sono modi coi quali si acquista, ossia si migliora la nostra condizione: La giustizia non comporta molestarsi la quiete di un altro per un vano capriccio. Così prometto di non uscire dalla mia casa per tre giorni: ho alienata una parte della mia libertà: per lo stipulante però è indifferente, se io esca, o stia in casa: non sono perciò obbligato di mantener la promessa di non uscire dalla mia abitazione.

---

(1) *L.* 115. *de V. O.*

Digitized by Google

Art. 1084. *Le cose future possono esser oggetto di una obbligazione.*

Ciò non ostante non si può rinunciare ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione intorno alla medesima, nemmeno col consenso di colui della di cui eredità si tratta.

Siccome la speranza di una cosa possibile e lecita può esser oggetto di un contratto; ed i contratti di simile fatta si dicono contratti *aleatorj*; perciò nell' artirolo dicesi, che *si possono formare delle convenzioni, le quali abbiano per oggetto le cose future.* Non ostante però di esser una tale dottrina uniforme ai principj della naturale equità, pure le leggi romane riprovarono i patti successorj. La ragione di tale proibizione al dire di Vinnio, è perchè *continent in se desiderium captandae mortis*, val quanto dire vennero simili fatti riconosciuti come contrarj al buon costume, ed alla onestà. Più volte tale teoria è stata da me esaminata in varj luoghi della presente opera, e specialmente quando nell' articolo 834 si disse contenersi un patto successorio nella convenzione colla quale il padre col consenso de' suoi successibili assegna ad uno de' figli una porzione maggiore della disponibile.

L'attuale codice anche riprova tali patti successorj, e dove il gius romano gli ammetteva quanto v'intervenisse il consenso di colui *de cujus hereditate agebatur*, esso non gli ammette nemmeno col consenso di

colui della di cui eredità si tratta. In apparenza però la novella legislazione vuole esser più severa della romana : del resto si è detto di sopra parlandosi delle donazioni per contratto di matrimonio ; essersi permessa la successione contrattuale , la quale era per legge romana assolutamente riprovata. Le varie quistioni suscitate presso de' nostri tribunali relative alle rinuncie , che si fecero nelle tavole nuziali prima della pubblicazione delle leggi in vigore , e se dopo la pubblicazione delle medesime sieno operative ; e come poi vennero tutte decise con Reale decreto dell' anno 1816 , vennero esposte di sopra.

Le biade in erba per gli stabilimenti delle nostre prammatiche non potevano formare un' oggetto di convenzione (1). Tali disposizioni sono state conservate nel nostro codice , e coll' articolo 1446 è detto. *È vietata la vendita de' frutti in erba , e non ancora raccolti , quante volte si conviene la consegna a peso , o numero o misura di generi o derrate , e se ne determini anticipatamente il prezzo , senza riportarsi a quello che corre al tempo del ricolto dalla causa del contratto.*

(1) *Pramm.* 2. *de empt. pubblicato nel dì* 22. *Agosto* 1559.

Digitized by Google

Sezione IV.

Della causa de' contratti.

Art. 1085. *L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa, o illecita non può avere niuno effetto.*

Art. 1086. *La convenzione non lascia di esser valida quantunque non ne sia espressa la causa.*

I. Coll' aver il codice detto, che l'obbligazione senza causa non possa produrre alcuno effetto, ha dato luogo a differenti interpretazioni. Ma Ulpiano (1) rende chiara la cosa colle seguenti parole: *cum nulla subest caussa propter conventionem, hic constat non posse constitui obbligationem.*

La parola *causa* qui è presa in quello stesso significato nel quale s'intese nella legge romana cioè. *Datio vel factum, quibus ab una parte conventio impleri caepta est* (2). Conchiude bene Coccejo nel suo gius controverso: *quod praestatur in contractu est caussa contractus.* Toullier (3) ecco come si esprime: Per

(1) *L.* 7. §. 4. *de pactis.*
(2) *L.* 7. §. 2. *de pactis.*
Vinnio *de pactis.* c. 8. *num.* 8.
(3) *L.* c. *num.* 166.

la causa di una obbligazione o contratto il codice intende il motivo che determina a fare la promessa che lo stesso contratto contiene, cioè *il perchè* il contratto è stato formato. Ora è certo, che senza motivo, niuno diminuisce il suo patrimonio, o restringe la sua libertà. Sembra perciò impossibile concepirsi una obbligazione senza causa. A parlare esattamente. La volontà è la causa o il motivo della obbligazione, ossia il *vinculum juris*, ma per *metonimia*, causa del contratto, è la cosa, ossia l' oggetto della volontà, che forma il contratto. Il che dagl' Inglesi è chiamata *considerazione* del contratto: dicesi ancora *causa inducente* al contratto.

Art. 1086. *La convenzione non lascia....*

Siccome però non si può presumere essersi qualcheduno obbligato senza causa, perciò non è necessario esprimere nel contratto quale sia stata la causa motrice, o impellente al contratto; giustamente quindi è detto nell'articolo 1086. *La convenzione non lascia di esser valida, quantunque non se ne sia espressa la causa.* È però d' avvertirsi non esser nulla una obbligazione, non ostante che lo stesso creditore asserisca, che la causa, che diede origine al contratto fu tutta diversa da quella indicata nel contratto medesimo (1).

Art. 1087. *La causa è illecita, quando è proibita*

(1) Sirey *tom.* 15. 2. *p. pag.* 128.

dalla legge, e quando è contraria a' buoni costumi o all' ordine pubblico.

Questo articolo è stato spiegato nel titolo preliminare (1), e verrà anche trattata tale materia nella sezione III. della obbligazione di fare o di non fare. Solo quì si avverta quanto dice Ulpiano (2). *Ubi dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus. Quoties autem accipientis turpitudo versatur, repeti potest.* Pothier (3) dimostra la ragionevolezza di tale disposizione. Sempre si deve aver innanzi agli occhi, che non si possa ricavare vantaggio dal delitto, e che le promesse non devono esser attrattive a commetterlo.

---

(1) *Art. 7.*
(2) *L. 3. e 4. §. 2. de condict. ob turpem caussam.*
(3) *Tratt. delle obblig. tom. 1. num. 43. e segg.*

CAPITOLO III.

Dell' effetto delle obbligazioni.

SEZIONE I.

Disposizioni generali.

ART. 1088. *Le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro, che le han fatte.*

Non possono esser rivocate se non per loro scambievole consenso, o per le cause, che la legge autorizza.

Esse debbono esser eseguite di buona fede.

Di sopra fu definita l' obbligazione: *juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura.* Da quì la necessità morale di dover dare o fare. Da quì l' idea del creditore che acquista un dritto ad esigere le cose promesse: Sorge l' idea del debitore, che ha il dovere di fare o non fare, o dare. Quando dunque si cerca sapere quali siano gli effetti de' contratti ossia convenzionali obbligazioni. È lo stesso, che cercare, quali siano i doveri che l' una parte all' altra impone: quali i dritti, che si conferiscono. Ora questi dritti e doveri

Digitized by Google

variano all'infinito. I medesimi dipendono dalla natura di ciascuno contratto, dall' oggetto dello stesso, dalle condizioni che dalle parti si sono apposte nelle loro convenzioni.

Il principale effetto di tutte le convenzioni è quello di accordare a ciascuno de' contraenti il dritto scambievole di costringere l' altro ad eseguire le convenzioni: di ligare le parti, di obbligarle in modo come se la stessa legge avesse ordinato quanto tra di loro si è convenuto. La volontà è da principio libera, ma determinata a dare o fare cosa, o non fare si sottopone al giogo della necessità. *Quod ab initio sponte scriptum, aut in stipulatione deductum est, hoc ab invitis postea compleatur* (1). Le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge fra coloro i quali le hanno formate. È tanto vera tale dottrina, che le convenzioni quando siansi fatte e dimostrate in un atto autentico, hanno la forza delle leggi in generale: sono eseguite a nome del Re che comanda alla forza armata prestarsi per la esecuzione delle medesime.

Sebbene però dicesi, aver le convenzioni forza di legge, pure si deve intendere leggi de' privati. Le leggi generali possono dalla sola volontà del Sovrano rivocarsi; niun' altro potrà cambiare, abrogare, derogare una legge, ma le convenzioni possono essere

(1) *L. 25. C. ad S. C. Vellejan.*

mutate, annullate dagli stessi contraenti. È regola di dritto: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidquam dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obbligatio verbis tollitur: nudi consensus obbligatio contrario consensu dissolvitur* (1).

ART. 1089. *Le convenzioni obbligano non solo a ciò che vi è espresso, ma benanche a tutte le conseguenze che l' equità, l' uso o la legge attribuiscono alla obbligazione secondo la sua natura.*

Dopo di essersi spiegato l' effetto principale delle convenzioni, che hanno la forza di legge tra le parti, senza poter essere rivocate, se non mediante il consenso delle stesse parti, o per quelle cause per le quali la legge ne autorizza lo scioglimento, il codice nell' ultima parte dell' articolo 1088, e nell' articolo 1089 pianta due principj la cognizione de'quali è necessaria per la retta esecuzione, ed interpretazione delle convenzioni.

Il primo è stabilito nell' articolo 1088 cioè. *Le convenzioni devono essere eseguite in buona fede.* Con tale disposizione non si è voluto semplicemente dire, che il dolo debba esser lontano nella formazione del contratto, ma che nel nuovo codice è stata bandita la divisione di contratto di buona fede, e di stretta ragione. Nei contratti di stretta ragione niente potevasi domandare al di là di ciocchè era stato espres-

(1) *L. 35. de reg. jur.*

Digitized by Google

samente convenuto, ossia di ciocchè era contenuto nel contratto. In quei poi di buona fede si domandava anche ciocchè espressamente non era stato convenuto, purchè ciò dalla equità naturale venisse richiesto. Nelle disposizioni novelle è detto. *Le convenzioni obbligano non solamente a ciocchè è stato espresso, ma ancora a tutte le conseguenze che ne possono derivare per i generali principj della naturale equità.* Questo è il secondo principio.

Sezione II.

Delle obbligazioni di dare.

SOMMARIO.

I. *Significato della parola dare: in che consista l' obbligo di conservare: quale diligenza deve usare il debitore.*

II. *Che dirsi della cosa venduta a due persone: distinzione della cosa immobile, e mobile.*

Art. 1090. *L' obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa, e di conservarla sino a che sarà consegnata, sotto pena del risarcimento de' danni e degl' interessi verso il creditore.*

Art. 1091. *L' obbligo di vegliare alla conservazione della cosa, tanto se la convenzione abbia per*

oggetto solamente le utilità di una delle parti, quanto se abbia per oggetto la loro utilità comune, sottopone colui che ne ha il carico ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia.

Quest' obbligo è più o meno esteso relativamente a taluni contratti, i di cui effetti in questo riguardo sono spiegati ne' rispettivi articoli.

Art. 1092. *L' obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso de' contraenti.*

Tale obbligazione costituisce proprietario il creditore, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui dovrebbe esser consegnata, quantunque non sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora a consegnarla, nel quale caso rimane a di lui rischio.

I. Il significato di *dare* che porta la idea del trasferimento del dominio di una cosa dedotta in un contratto, non può esser applicato alla idea delle nuove vedute legislative. Le obbligazioni sono modi coi quali si acquista il dominio, come venne detto nell' articolo 632. Perfezionato oggi il contratto s' intende trasferito il dominio cioè consumato resta il contratto senza la tradizione. *Tale obbligazione costituisce proprietario il creditore e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui dovrebbe esser consegnata, quantunque non sia seguita la tradizione,*

Digitized by Google

quindi quando dicesi nell'articolo, che la obbligazione di dare includa quella di consegnare la cosa, si deve intendere se non di darne il possesso a colui al quale è stata promessa. Suole oggi farsi una distinzione tra i contratti, cioè esservi de' contratti coi quali si trasferisce il dominio, ò che danno un dritto reale sulla cosa, e di quelli, che danno solamente l' uso della cosa: così colla vendita si trasferisce il dominio, colla locazione e conduzione l' uso della medesima.

Siccome però l'obbligazione di dare include quella di conservare la cosa, perciò è il debitore nell' obbligo di conservarla da buono padre di famiglia. Per romana disposizione si faceva la distinzione della colpa in ragione de' contratti. Bisognava osservare quando l'utile de' contratti tornava al conto di uno solo de' contraenti, quando tutti ne ricavavano degli emolumenti. Nel primo caso colui che ne risentiva tutto il vantaggio, era tenuto alla colpa levissima: chi ne risentiva tutto il danno, dovea prestare solamente la colpa lata. Che se poi l' utile era comune, doveasi prestare la colpa lieve. A quanti rigiri non doveasi dare luogo ammessa tale graduazione di colpa? ciò facilmente si capisce. Il codice è persuaso, che quando si adoperi la diligenza che ciascun padre di famiglia usa ne' suoi proprj affari nel conservare la cosa altrui, ad altro non si debba obbligare. In molti articoli del codice apparisce la non ammessione delle colpe lata, lieve, e levissima, ma nella sezione IV. dove si parlerà della

rifazione de' danni per effetto di colpa, tale dottrina sarà bene esaminata. Soggiunge però l'articolo: *quest' obbligo è più o meno esteso relativamente a taluni contratti, i di cui effetti a questo riguardo sono spiegati ne' rispettivi articoli.*

L'articolo 1092 dichiara di restare a rischio del [redacted]ditore la cosa finacchè non siasi consegnata: tale redazione fa nascere de' dubbj. È risaputo che *res perit domino.* È certo benanche che *debitores certae speciei per rei interitum, liberantur* che la perdita debba esser a carico del [redacted]tore, quando il deperimento accada per dolo, mora, o colpa, la cosa si capisce facilmente: sarà il debitore tenuto al *quantum interest*: cosa s'includa in questo *quantum interest*, verrà spiegato anche quando si dirà cosa sugl' effetti della mora. L'asserirsi però in termini generali, esser a rischio del creditore *dal momento in cui dovrebbe esser consegnata* è una espressione che ha bisogno di spiega. Si finga essersi convenuto doversi dal debitore fare la consegna dopo sei mesi: se la cosa pericola in questo tempo il danno a conto di chi dovrà essere? Secondo la espressione del codice lo dovrebbe risentire il debitore, giacchè questo prima de' sei mesi non era obbligato a consegnare la cosa. Questa conseguenza descende dagli sposati principj sì della vecchia, che nuova legislazione. Toullier perciò quì osserva un vizio nella redazione. È certo che nel proposto caso, il pericolo è del creditore che ne è divenuto il

Digitized by Google

proprietario, ed è chiaro, che *res perit domino*. Il proprietario è il creditore e non già il venditore.

Art. 1093. *Il debitore è costituito in mora tanto colla intimazione o altro atto equivalente, quanto in virtù della convenzione, allorchè essa stabilisce, che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcun fatto.*

Art. 1094. *Gli effetti della obbligazione di dare o consegnare un' immobile sono regolati nel titolo della vendita, ed in quello de' privilegj e delle ipoteche.*

La spiega degli articoli 1093, 1094 sarà spiegata nella sezione IV. de' danni ed interessi.

Art. 1095. *Se la cosa, che taluno si è obbligato di dare o di consegnare successivamente a due individui, è puramente mobile, quegli fra di essi, cui ne fu dato il possesso reale, sarà preferito e resterà proprietario, ancorchè il suo titolo sia posteriore alla data; purchè però il possesso sia di buona fede.*

II. Siccome la proprietà delle cose mobili non ha la medesima stabilità delle immobili, potendo quella in un solo giorno passare in più mani; perciò facendosi tale vendita spesse volte verbalmente o per scrittura privata, la data della convenzione non potendo esser sicura per riguardo ai terzi; perciò è stato il legislatore nella necessità di fare quì valere la disposizione dell' articolo 2137, cioè il possesso valere per titolo: quindi la massima che il dominio si trasferisce mediante la tradizione ha trovato anche il suo posto nelle

convenzioni che hanno per oggetto una cosa mobile. Dalle esposte dottrine ne siegue, che se il venditore venda ad un secondo compratore un' immobile che prima aveva ad un' altro venduto: il primo potrà istituire l' azione di rivindica: avendone anche senza la tradizione acquistato il dominio. Venduta poi una cosa mobile, ma non consegnata al primo compratore, ed indi venduta al secondo al quale gliene sia stata fatta la tradizione, questo avendone il possesso, e valendo il possesso per titolo di proprietà, non potrà dal primo compratore esser molestato.

Si avverta, che sebbene vi siano taluni contratti i quali non trasferiscono il dominio, nè dritto reale sulla cosa; pure ve ne sono di quelli i quali hanno la esecuzione nell' oggetto, che racchiudono, e ne è talmente affetta la cosa, che la esecuzione può esser domandata anche contro de' terzi possessori. Così avendo io venduta la casa col patto della ricompra, posso sperimentare il mio dritto di ricompra contro del terzo possessore (1).

Non giovarsi però di tale beneficio il compratore della cosa mobile, quante volte nel comprarla fosse stato a giorno di esser la cosa stata prima ad altri venduta. Questo è il motivo pel quale è detto nello stesso articolo 1095: *Purchè però il possesso sia di buona fede.*

---

(1) *Art.* 1664.

Digitized by Google

Sezione III.

Della obbligazione di fare o di non fare.

SOMMARIO.

I. *Differenza tra l' obbligazione di dare e fare. Come questa si risolva ne' danni ed interessi. A chi l' alternativa compete, se è del debitore, o del creditore.*

II. *Se l' obbligazione relativa alla prestazione del fatto, passa negli eredi.*

Art. 1096. *Ogni obbligazione di fare o di non fare, nel caso che il debitore non adempia, si risolve nel risarcimento de' danni ed interessi.*

Art. 1097. *Ciò non ostante il creditore ha diritto di domandare, che sia distrutto ciò che si fosse fatto in contravvenzione della obbligazione, e può farsi autorizzare a distruggerlo a spese del debitore senza pregiudizio de' danni ed interessi, se competono.*

Art. 1098. *Nel caso d' inadempimento....*

I. Le azioni degli uomini per quella parte nella quale possono esser utili ai suoi simili, sono nel commercio nella stessa maniera, che vi sono le cose. Ciò posto si può fissare per regola generale. L'uomo

nella qualità di essere intelligente e libero può obbligare i suoi servizj e le sue azioni non proibite dalla legge, non contrarie all' ordine pubblico, buoni costumi. Differisce però l' obbligazione nella quale si è dedotto il fatto da quella nella quale l' oggetto è la cosa. In questa obbligazione non volendo io consegnare la cosa la quale ho promessa, posso esser astretto: può il tribunale dare la sua esecuzione alla convenzione, e togliere da me il fondo, il libro, e passarlo nel possesso della persona alla quale è stata promessa. In quella nella quale si è promesso il fatto o il non fare la cosa, accade altrimenti. Se io ho fatto ciocchè aveva promesso di non fare, è vero che *factum infectum fieri nequit*, ma posso esser punito pel fatto che mi era obbligato di non fare: non avendo promesso di fare, ed ostinandomi a non fare, sebbene la legge potrebbe far uso del sequestro de' beni o della persona; pure per un rispetto dovuto alla dignità dell' uomo, non si è voluto estendere tant' oltre il potere della legge. Si è stabilito sottomettersi il promittente che manca alla sua promessa alla prestazione de' danni ed interessi. Quindi giustamente il codice nell' articolo 1098 ha detto: *Nel caso d' inadempimento può ugualmente essere autorizzato il creditore a far eseguire egli stesso l' obbligazione a spese del debitore.*

Art. 1099. *Se l' obbligazione consiste nel non fare, colui, che vi contraviene, è tenuto ai danni ed interessi pel solo fatto della contravvenzione.*

Digitized by Google

La regola compresa nell' articolo 1098 è fatta solamente per utile del creditore. Può questo aver l' alternativa o di farsi indennizzare del danno arrecatogli dall' aver il debitore fatto ciocchè non avrebbe avuto il dritto di fare, o pure, essendo possibile, domandare la destruzione di quanto erasi fatto in contradizione. Ma quando poi la promessa è di non fare, non può aver luogo l' alternativa. È massima costante *ad factum nemo cogitur*, e perciò è sempre la convenzione risoluta per i danni ed interessi.

II. Coll' essersi detto: se l' obbligazione consiste nel non fare colui, che contravviene, è tenuto a' danni ed agli interessi pel solo fatto della contravvenzione, ha fatto nascere il dubbio, se il creditore possa dirigersi contro degli eredi, non avendo il debitore defunto adempito alla promessa.

Per la retta intelligenza della quistione è da ricordarsi, che chiunque si è obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere alle sue obbligazioni su tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri. Questo assioma legale è sanzionato dal codice nell' articolo 1962. Ciò posto. Si stabilì dalla legge civile, se i beni del debitore formano la sicurezza pel creditore, la persona la quale diverrà per dritto di trasmissione proprietaria di tali beni, dovrà adempiere alle contratte obbligazioni. La morte del debitore non arreca alcun cambiamento agl' interessi del creditore. I beni, e le cose che gli appartengono rispondono alle obbliga-

zioni da lui formate. Sono effettivamente obbligazioni reali: i dritti de' creditori sono ugualmente reali. Questa dottrina non ammette alcun dubbio relativamente alle obbligazioni nelle quali è dedotta la cosa. Si sa che *plerumque tam heredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus* (1). Ma se è massima legale che *ad factum nemo cogitur*, si cerca, non essendosi adempita alla prestazione del fatto da colui, che a ciò erasi obbligato come costringere l' erede? Ora può l' uomo obbligare la sua persona e sue azioni, come si è osservato di sopra, ma non potrà sicuramente obbligare le persone e le azioni de' suoi eredi. Ciò posto sembra doversi conchiudere, non esser tenuti gli eredi o successori allo adempimento del fatto promesso dal defunto. Il fatto dell' erede non è quello promesso dal defunto. Ecco l'argomento che ha dato origine ad infinite controversie. Alcuni hanno asserito esser cosa impossibile che il fatto promesso da una persona, possa esser adempito da un' altra. Quindi colui che erasi obbligato, o che era stato in una testamentaria disposizione gravato della prestazione di un fatto, avendo quella accettata, se mai morisse prima di adempiere a quanto aveva promesso, o pure non avendo adempito a quanto eragli stato imposto, i suoi eredi a nulla sarebbero tenuti, a meno che nella stipula, nel testamento non fossero stati anche prese in veduta le persone degli eredi.

---

(1) *L.* 9. *de probat.*

Digitized by Google

Altri risolvevano la cosa in altro modo, e dissero, che siccome il travaglio ed industria di un uomo ad un di presso è la stessa di quella di un' altro, il fatto si può benissimo prestare dall'erede. Giustiniano (1) ecco come decise: *omnem stipulationem, sive in dando, sive in facendo, sive mixta ex dando et faciendo, inveniatur et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio sive non.*

Leggendosi il testo di Giustiniano si conosce chiaramente parlarsi delle stipule, le quali contengono le promesse del fatto. Ma per riguardo poi ai carichi dal testatore imposti non volle ciò decidere l' Imperadore. La cosa però è di facile soluzione: Imposta all' erede la prestazione di un fatto, che da niun'altro poteva prestarsi, essendo stata designata la stessa persona dell' erede: questo morto, prima di adempiere, resta estinta l' obbligazione, nè si può obbligare l' erede dell' erede non ostante, che *heres heredis est etiam heres testatoris.* Ulpiano (2) osservò: *Inter artifices longa differentia est ingenii et naturae, et doctrinae et institutionis*, e lo stesso disse (3): *Nam plerumque robur hominis, aetas temporis, opportunitasque naturalis, mutat caussam operarum.* Così voglio che Tizio istruisca nelle facoltà legali Cajo: mor-

---

(1) *L.* 13. *Cod. de contrah. et commit. stipul.*

(2) *L.* 31. *de solut.*

(3) *L.* 26. §. 12. *de condict. indeb.*

to Tizio, il suo erede non è tenuto istruire Cajo: Se poi il fatto sia di natura tale che si possa da un' altro prestare, l'erede a ciò sarà tenuto. Ma come nelle stipule potrà l' erede prestare il fatto della persona da cui ebbe causa?

In questo caso si applica l'articolo 1098, cioè nel caso d' inadempimento si risolve alla prestazione de' danni ed interessi. Toullier ha diffusamente e con profondità trattata tale quistione nel capitolo IV. *delle diverse specie delle obbligazioni.*

Sezione IV.

De' danni e degl' interessi per l' inadempimento della obbligazione.

SOMMARIO.

I. *Cosa s' intenda per danni ed interessi. Cosa è la mora: diverse cause, ed effetti della medesima: In quali casi è tenuto il debitore a tale prestazione, quando non è tenuto. In quali casi tale prestazione si estenda alle conseguenze non prevedute. Quando si deve intendere restrittivamente.*

II. *Dottrine sulla purgazione della mora: idea dell' antica nostra giusprudenza: cambiamento arrecato alla stessa dalle novelle leggi. Danno ed interesse che si deve nel non pagarsi le somme convenute in danaro.*

Art. 1100. *I danni e gl' interessi son dovuti solamente....*

Art. 1101. *Il debitore è condannato....*

Art. 1102. *Il debitore non è tenuto a verun danno....*

I. Nell' articolo 1089 è detto, che le convenzioni obbligano non solo a ciò che vi è espresso, ma benanche a tutte le conseguenze che l' equità, l' uso o la legge attribuiscono alla obbligazione secondo la sua natura: La principale di tali conseguenze consiste ne' danni ed interessi, che sono dovuti ad una delle parti da colui che non esegue la sua obbligazione. È questa una legge, che nasce dalla giustizia naturale, la quale ordina doversi indennizzare colui, che a torto è stato dannificato in proporzione del danno sofferto, e del lucro non fatto, cioè del lucro cessante e danno emergente. Disse Paolo (1) *quantum mea interfuit; id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.*

Quando dunque si dice, che il debitore è tenuto verso il creditore ai danni ed interessi risultanti dall'inadempimento della obbligazione, s' intende, che deve indennizzarlo della perdita che gli è cagionato, e del lucro di cui lo ha privato coll' inadempimento

(1) *L.* 13. *Rem ratam rem haberi.*

della obbligazione. L'articolo 1100 dice: *I danni ed interessi sono dovuti solamente, quando il debitore sia in mora di eseguire la sua obbligazione.* Nell' articolo 1090 è stato anche detto: *L' obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa, e di conservarla fino a che sarà consegnata, sotto pena del risarcimento de' danni e degl' interessi verso il creditore.*

La inesecuzione della obbligazione per causa di mora può derivare da tre cause. Dal dolo, dalla colpa, e finalmente da una causa estranea, che non può imputarsi al debitore, che chiamasi *caso* o *forza maggiore.*

Quante volte la inesecuzione sia accaduta nella veduta di nuocere al creditore o per procurarsi un maggiore vantaggio, dicesi essersi in mora ma causata dal dolo: Si avverta però, che quando manchi *animus laedendi*, non vi è dolo: disse saviamente Tommasio (1) *ad dolum requiritur propositum laedendi.* Ed Ubero (2) scrisse *dolus, cum adest animus laedendi.* Così un architetto che prese a costruire un palazzo, abbandona il lavoro per intraprendere la costruzione di un' altro per maggiormente profittare.

La colpa chiamata *lata* da latini è assimilata al

---

(1) *De usu practico doctrinae, et de culparum praestatione in contractibus.*

(2) *Inst. lib. 1. tit. 26.*

Digitized by Google

dolo: *culpa lata est dolo proxima.* Così io lascio senza custodia alla vista di tutti il deposito datomi da Cajo: venendo quello rubato, sarò tenuto ai danni, ed interessi. Scrisse Paolo (1) *magna negligentia, culpa est: magna culpa, dolus est.* I danni accaduti per dolo o per tale colpa devono essere prestati: di fatti ad un' uomo di mala fede la minor pena, che se gli possa infligere è quella di condannarlo ai danni ed interessi arrecati all' altro col quale ha contrattato. In che modo estensivamente possano esser valutati tali danni si dirà da quì a poco. La legge dice, che sebbene si fosse convenuto di non doversi indennizzare il danno ed interessi cagionati per causa di dolo, tale patto non avrebbe vigore, perchè *daret ansam delinquendi.* Nella *legge* 3. *de reg. jur.* scrisse Pomponio. *Non valere si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei judicio contrarium est.* Se però si tratta di un dolo già commesso, vale il patto (2).

Se poi la cosa promessa dal debitore non sia stata consegnata per una causa estranea, e non dipendente dalla volontà del debitore, non è tenuto ai danni ed interessi *casus numquam praestatur.* Ecco come continua lo stesso Pomponio nella citata legge, *animalium vero casus, mortes quaeque sine culpa acci-*

---

(1) *L.* 226. *de V. S.*
(2) *L.* 27. §. 3. *de pact.*

dunt, ... a nullo praestantur. Nell' articolo 1102 è sanzionato: *Il debitore non è tenuto a verun danno ed interesse, quando per colpa irresistibile o per caso fortuito fu impedito di dare o di fare quello a che si era obbligato.*

Non mancano però de' casi nei quali deve indennizzarsi il creditore, sebbene il caso abbia impedita la non prestazione della cosa. 1.° Se il debitore abbia a tale beneficio rinunciato. *Casus numquam praestatur, dummodo quis in se casum non receperit* si dice nella legge 2. *Cod. de peric. et comm. rei vend.* 2.° Se il caso fortuito siasi avverato per colpa dello stesso debitore (1). Così se avendo preso a comodato il cavallo fino a Roma, e se lo abbia portato fino a Milano. Così è prescritto nell' articolo 1653 di cui eccone le parole: *Non è tenuto pe' casi fortuiti, se non siavi preceduta qualche colpa per sua parte, senza la quale non sarebbe avvenuta la perdita.* 3.° Sebbene il debitore sia in mora, essendo perita la cosa da prestarsi, e questa ugualmente sarebbe perita presso del creditore.

Nell' articolo 997 è stabilito, che *diviene caduco il legato se la cosa legata è interamente perita, durante la vita del testatore; sarà lo stesso se perisca dopo la di lui morte senza fatto e colpa dell' erede benchè costui sia stato costituito in mora per lo ri-*

(1) *L. 23. de R. J.*

Digitized by Google

lascio, quando la cosa avrebbe dovuto egualmente perire per le mani del legatario. Tale regola è stata relativa ai legati, è poi stata estesa a tutte le convenzioni coll' articolo 1256. In questo articolo viene spiegato con precisione quantò si poteva dire sulla presente materia. Eccone le parole: *Quando una certa e determinata cosa che formava l' oggetto della obbligazione, venga a perire, ossia posta fuori del commercio, o si perda in modo che se ne ignori assolutamente la esistenza; l' obbligazione si estingue, se la cosa sia perita o perduta senza colpa del debitore, e prima che egli sia in mora. Quando anche il debitore sia in mora, e non abbia assunto a suo carico il pericolo de' casi fortuiti, si estingue l' obbligazione, se la cosa sarebbe ugualmente perita presso il creditore, ove gli fosse stata consegnata.*

Dal detto si conosce quali siano le cause per le quali il debitore possa esser condannato al risarcimento de' danni ed interessi. Per ciocchè però riguarda la colpa, si deve esaminare se tutte le colpe producano lo stesso effetto, e siccome non sono uguali in morale, lo siano anche in ragione di legge civile. Si è detto nell' articolo 1091 cosa a ciò relativa, ma in questo luogo necessita spiegare la dottrina nella sua estensione. Scrisse Tommasio (1). *Pro omnium difficillimis jure meritoque haberi possunt, tri[illegible] do-*

(1) *L. c.*

etrinarum de pactorum et contractuum differentia, de jurisdictione , et de praestatione culparum in contractibus.

Tre specie di colpe vengono distinte nella romana legge *lata* , *leve* , *levissima* ; questa triplice distinzione è figlia de' diversi costumi de' padri di famiglia. Ve ne sono di coloro che immersi ne' piaceri più presto , che ne' loro affari , lungi dal conservare il loro patrimonio , cercano di consumarlo in vanità , e lo lasciano perire non curandolo: di questi si può dire *nati consumere fruges*.

Ve ne sono degli altri, che sono economi, e frugali senza esser avari , onorabili senza prodigalità , proprj nel mantenimento della loro famiglia senza lusso.

Ve ne sono degli altri dotati di una sorprendente vigilanza , e di una attività infatigabile nello disbrigo de' loro affari. Oprare nel modo de' primi è commetter la colpa lata , i secondi sono nella leve , i terzi nella levissima.

La cura , che si dovea adoprare per la conservazione della cosa da darsi, variava secondo la diversa natura de' contratti. Disse Ulpiano (1). *In contractibus interdum solum dolum, interdum et culpam praestamus: dolum , in deposito , nam quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur , merito dolus praestatur solus , nisi et forte merces accessit , tum enim prout*

(1) *L.* 5. §. 2. *commod.*

est constitutum, etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, in dote, ut in pignore ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur et ideo . . . . et culpam praestandam et diligentiam. Si legga l' Eineccio (1).

La dottrina della legge romana in pratica non era concludente, nè si può assegnare una regola tanto generale, che possa esser applicata a tutti i casi. Quindi per salvare la ingiustizia che nascerebbe dalla stessa applicazione di tali principj, il codice ha fissata la regola generale, ha indi dato delle diverse eccezioni.

Nell' articolo 1336 è detto: *ogni fatto qualunque dell' uomo che arreca danno ad altri, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.* Nell' articolo 1337 si propone per regola generale: *Ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato non solamente per fatto proprio, ma ancora per sua negligenza, o per sua imprudenza.*

In questa materia s'intende ogni fatto, ogni omissione che arrecano del danno ad un' altro, e che possa esser imputato alla persona, la quale lo ha commesso, ancorchè dal suo canto non vi sia stato dolo

---

(1) *Inst. lib.* 3. *de oblig.* §. 788.

ossia mala fede. L'articolo 1101 appieno ci istruisce di tale dottrina: sulle stesse basi poggia tanto la disposizione dell'articolo 1100, che dell'articolo 1101. Il debitore è condannato, se occorre al pagamento de' danni ed interessi tanto se non adempia la obbligazione, quanto se ne ritardi l'adempimento, ancorchè non siavi per parte sua intervenuta la mala fede. A questa generale regola però se ne dà una eccezione: *purchè però egli non provi che la mancanza sia provenuta da una causa estranea non imputabile a lui.* Dalla lettura di questo articolo si vede dunque, che colui, che arreca danno ad un'altro, deve indennizzare il dannificato del danno arrecatogli per qualunque colpa anche leggiera: deve rispondere di tutto ciò, che gli può esser imputato, in fuori della causa esterna o caso fortuito.

Si conviene uniformemente da tutti gli scrittori, che gli articoli 1090, 1091 hanno formalmente abolita la dottrina de' romani, cioè doversi osservare ad utile di chi torni il contratto. Si rileva dalla esposta dottrina, che sebbene in morale la colpa sia più grave, o meno; quando si tratta di risarcimento de' danni, tutte le colpe sono uguali. Tutto verrebbe a cadere nella quistione, se tali colpe siano imputabili o no. Ma ciò dipende dalla prudenza de' magistrati, che debbono esaminare delle circostanze, che accompagnano il fatto o il ritardo del pagamento, anzi nell'articolo 1101 è stabilito

Digitized by Google

condannarsi il debitore, se occorre, ai danni ed interessi, quando se ne ritardi l' adempimento, ancorchè per sua parte non siavi intevenuta la mala fede.

Deve però quì ricordarsi quanto è stato detto nell' articolo 1091 nella sua ultima parte, cioè: *Quest' obbligo è più o meno esteso relativamente a taluni contratti, i di cui effetti a questo riguardo sono spiegati ne' rispettivi titoli.*

II. Fin quì si è voluto dare l'idea del non seguito pagamento per dolo, colpa, caso fortuito, ma è tempo ormai spiegare le cose relative alla semplice mora, la quale anche secondo le disposizioni degli articoli 1100, 1101 obbliga alla prestazione de' danni ed interessi.

Bisogna in primo luogo distinguere tra le obbligazioni di fare o di non fare. Se l'obbligazione consiste in non fare si deve attendere a quanto è detto nell' articolo 1099 cioè: *colui, che contraviene, è tenuto a' danni ed interessi pel solo fatto della contravenzione*. In tutte le altre obbligazioni si deve stare all' articolo 1100 il quale prescrive: I danni ed interessi sono dovuti solamente quando il debitore sia in mora di eseguire la sua obbligazione. *Se ne eccettua il caso: se la cosa che si è obbligato di dare o di fare, non possa esser data o fatta se non in un determinato tempo, che egli ha lasciato di trascorrere.*

Allorchè l' obbligazione è pura e semplice, il dritto del creditore immediatamente può esser sperimen-

tato : *dies cedit et venit* e perciò *confestim peti potest* : non può il debitore domandare alcuna dilazione. Se poi l' obbligazione sia a termine , sebbene il dritto comincia immediatamente, pure *dies non cedit*, e sarà l'azione esperibile, quando sia venuto il giorno prefisso, e l'ultimo giorno è anche tutto del debitore (1). Per quello che spetta alle obbligazioni condizionali , l' adempimento si può domandare solamente verificata che sarà la condizione. Se dunque l' obbligazione è pura : se il termine sia scorso , se la condizione siasi verificata , ed il debitore non paghi , è in mora col solo non pagare per esser costituito in mora , senz' altro atto, potrà il debitore esser condannato ai danni ed interessi? Prima di snocciolare il problema conviene definire cosa sia la mora, e quante specie di mora vi sono.

Eineccio (2) dà la seguente definizione ricavata da quanto dice Ulpiano (3) , e da Africano (4) *est solutionis vel acceptionis , justo tempore faciendae , frustranea cessatio.*

La mora o è *ex persona o in re*. Quando il debitore legalmente citato, non paga, la mora è *ex persona*. Scorso il termine prefisso pel pagamento , ed

---

(1) §. 2. *Instit. de V. O.*
(2) *Ad pandectas part.* 4. §. 100.
(3) *L.* 21. *de usuris.*
(4) *L.* 37. *de mandat.*

Digitized by Google

il debitore non sodisfa al creditore, dicesi mora *ex re*. La mora può cadere ancora nella persona del creditore, al quale avendo il debitore offerta la cosa mobile e questo non abbia voluto riceverla (1): di questa se ne parlerà quando si esporranno le maniere come si estinguano le obbligazioni cioè dell' offerta e deposito della cosa dovuta.

Il celebre Noodt (2) dice: *Nam cum de mora disputamus, non quaerimus quae sit potestas verbi, sub quo certum est rei moram, sive tardiorem solutionem contineri, sed quae sit mora jure judicioque emendanda, ideo quia injuria nocuit.*

La legislazione romana ecco come regolava tale teoria. Se la convenzione non fissava il termine pel pagamento o per la esecuzione della obbligazione, il debitore non era in mora, dovea esser interpellato dal creditore. In simile convenzione si presumea che il creditore avesse lasciata la cosa all' arbitrio del debitore e nelle mani dello stesso, che dovea pagare allorchè ne fosse stato richiesto dal creditore. Finacchè dunque il creditore non domandava, non poteva sorgere la idea di mora. Ecco la mora *ex persona*. Quando poi era fissato il termine del pagamento, non vi era necessaria la citazione per dirsi essersi costituito in mora. Il debitore sapeva che era venuto il

(1) *L.* 13. *de act. empt.*
(2) *L.* 3. *cap.* 9. *de usur.*

giorno del pagamento. Ecco la mora *ex re*, cioè mora di pieno dritto.

Nella nostra antica giusprudenza era stabilito, che sebbene fosse venuto il giorno della scadenza, restando il creditore nella inazione e non citando il debitore, questo non era ordinariamente tenuto ai danni ed interessi, ma necessitava la citazione, e sebbene si fosse convenuto, che non pagando nel dì stabilito, s' intendeva sciolto il contratto, ed esser tenuto ai danni ed interessi, pure tali patti erano riputati *patti comminatorj*. Così nella prammatica dell' anno 1738 per colui, che non avea pagato le terze decorse dal capitale, domandando il creditore lo scioglimento del contratto, non ostante che espressamente si fosse convenuto restar sciolto il contratto nel caso del non pagamento, si dovea dal Giudice dire: *intra viginti dies solvat tertias, et suprasedeatur a capitali.* In somma essendo un patto comminatorio, e non esecutivo davasi luogo alla *purgazione della mora*, la quale però per legge romana, non si ammetteva se non colla espressa o tacita remissione del creditore (1). Voet nelle sue pandette (2) tratta profondamente tale materia.

Nell' articolo 1093 è detto. *Il debitore è costituito in mora tanto colla intimazione, o altro atto equiva-*

---

(1) *L. 3. de usur. et fructibus.*

(2) *Lib. 22. tit. 1. num. 26. e segg.*

Digitized by Google

lente, *quanto in virtù della convenzione*, *allorchè essa stabilisce che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcun atto.*

Nell' antica nostra legislazione sebbene si fosse pattuito che *dies pro homine interpellaret*, pure tale patto non avrebbe avuto il suo vigore. Il codice quì ha repristinato quanto era stabilito dalle leggi romane, cioè *dies pro homine interpellat* (1). Se si faccia un rias-

---

(1) *Pubblicato il codice civile presso di noi si cominciò a dubitare, se mai si dovesse più ammettere la purgazione della mora, anche quando espressamente si fosse convenuto di non darsi a quella luogo. L' articolo* 1093 *è quello, che dava luogo a tale difficoltà. Da questo apparisce che convenuto esser il debitore in mora per la sola scadenza del termine, dovea il debitore soffrire i danni ed interessi, senza esservi necessario alcun atto di citazione. Che questa dottrina debba aver luogo in quei contratti, che si sono stipulati dopo l' epoca della pubblicazione del codice, non vi è dubbio alcuno, ma che poi sia applicabile tale teoria ai contratti che già si trovavano fatti e dare all' articolo una forza retroattiva, sembra un paradosso. Ciò non ostante però non sono mancati de' tribunali i quali hanno ciecamente seguita la disposizione dell' articolo, ed hanno così non applicata la dottrina della purgazione della mora. Dovea però avvertirsi che per conoscere, o misurare la*

sunto de' principj del codice si conoscerà: 1.° Il debitore è costituito in mora dalla convenzione. 2.° Dalla disposizione della legge, come accade nella compra, e vendita, nella promessa della dote ec. 3.° Col

---

validità, l' efficacia, e l' ampiezza di un patto qualunque, non solamente bisogna consultare l' intenzione de' contraenti, ma qual si fu la legge nel tempo, in cui il contratto fu perfezionato. È noto l' assioma legale. In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus (*), *ma benanche si deve prendere norma dalla giusprudenza dominante nel tempo in cui la convenzione fu conchiusa. Ora chi ignora doversi presumere, che i contraenti ebbero in mira di regolare la loro obbligazione secondo le leggi che erano in vigore nel tempo del contratto.*

Ciò posto si conosce, che dovendosi oggi mandare in esecuzione i patti formati prima della pubblicazione del codice si deve assolutamente ammettere la purgazione della mora, nè è applicabile l' articolo 1093.

Nell' antica legislazione tali patti doveano esser riputati come comminatorj, e sebbene si fosse anche rinunciato a tale beneficio, pure tale rinuncia non aveva luogo. In somma essi contenevano una semplice minaccia che avvertiva il debitore a non fare abuso della facilità, e condiscendenza del creditore, cui si riserbava il dritto di rescindere il contratto, ogni qual

(*) *L. 144. de R. J.*

solo fatto della inesecuzione, allorchè la cosa che era obbligata di dare o di fare non poteva esser data o fatta che in un certo determinato tempo, che si è fatto trascorrere. 4.° Mediante la citazione o atto equivalente.

Nell' articolo 1093 si dice esser costituito in mora tanto colla intimazione o altro atto equivalente, quanto in virtù della convenzione, dovendosi però convenire, che *il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcuno atto.* Ma basterà semplicemente dire esser in mora nella sca-

---

volta il debitore fosse costante a non sodisfare i suoi impegni. In quale epoca tale giusprudenza si fosse introdotta presso di noi, ci è ignoto. Fin dai tempi di Matteo degli Afflitti, si quistionò nell' abolito S. R. C. se si dovesse ammettere la purgazione della mora post sententiam. *Ursillo nelle sue osservazioni sulla decisione di Afflitti, rilevò che la costante pratica di cui egli era testimone tanto nella G. C. della Vicaria, che nel S. R. C. ammetteva la purgazione della mora non solo* usque ad sententiam, *ma ancora dopo la dichiarazione della rescissione del contratto, soggiungendo che tale sistema di equità formava lo stile inconcusso di giudicare ne' tribunali supremi. De Franchis* (*). *Tapia* (**) *dicono lo stesso.*

(*) *Decis.* 482. *num.* 10.

(**) *Decis. S. C.* 25. *num.* 35. 36.

denza del termine, o si dovrà aggiungere non esservi bisogno di altro atto? Toullier dice: tanto è dire esser in mora nella scadenza del termine, quanto non esservi bisogno di altro atto. È cosa prudente però aggiungere nella convenzione ***senza esservi bisogno di altro atto.***

Nell' articolo 1093 si usa la espressione *altro atto equivalente.* Il codice non spiega la natura, la qualità di tale atto equivalente. Gli atti equivalenti de' quali quì si parla devono esser non atti verbali, ma scritturali. Così un atto di conciliazione di cui si parla nell' articolo 2151: un atto autentico dal quale apparisse essersi fatta la citazione: uno scritto anche privato riconosciuto dallo stesso debitore, sono simili atti di forza tale a far costituire in mora il debitore.

Art. 1103. *I danni ed interessi sono in generale dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privato, salve le modificazioni ed eccezioni quì appresso spiegate.*

Allorchè si parla de' danni ed interessi la prima cosa da osservarsi è quella, se siano i medesimi fissati dalla legge. Quando ciò si verifica, la legge è quella la quale deve esser eseguita. Di questi danni ed interessi se ne parlerà nell' articolo 1107. In generale una domanda di danni ed interessi presenta quattro cose alla nostra considerazione. 1.° il fatto che dà luogo a simile domanda. 2.° l' imputazione

Digitized by Google

del fatto. 3.° la perdita per tale fatto accagionata. 4.° esaminare il montare di tale perdita.

Il fatto che dà luogo ai danni ed agl' interessi è originato, o dalla inesecuzione, o dalla mora nella esecuzione di una obbligazione: o da qualunque altro fatto dell' uomo che cagiona danno all' altro. Sono queste le cause espresse nell' articolo 1101 di cui eccone le parole: *Il debitore è condannato al pagamento de' danni ed interessi*, *tanto se non adempia l' obbligazione*, *quanto se ne ritardi l' adempimento.* Un tale fatto, che produce tali conseguenze deve esser provato per parte del creditore.

L' imputazione del fatto presenta delle difficoltà. Provato il fatto del non adempimento, resta a provare, se colui, che lo ha commesso o che ha mancato di eseguire la sua obbligazione, non abbia delle legittime cause onde possa scusarsi, come sarebbe il fatto di cui si parla nell' articolo 1102 cioè *quando per forza irresistibile o per caso fortuito fu impedito di dare o di fare quello a che si era obbligato.* Bisogna in seguito esaminare anche nel caso che sia il fatto imputabile, se la perdita, ed i danni ed interessi de' quali parla il creditore, siano realmente stati causati dal fatto ridetto. Non rare volte accade, che un fatto produce una conseguenza di varj evenimenti, che producono danni di diversa specie. Tra questi evenimenti, alcuni sono la conseguenza imme-

diata di tale fatto, che può esser considerata come la causa unica e precisa. Può verificarsi esservi state delle cause, che abbiano prodotto altri evenimenti, l'occasione de' quali tragga la sua origine da una causa assai remota, niuna relazione avendo al fatto, che si vuole esser la causa del danno ed interesse. Quindi per risolversi il problema, è da sapersi, tra questi diversi evenimenti che hanno cagionato de' danni ed interessi quali ne siano l'immediata conseguenza: quali possono esser imputati al debitore.

Il solo fatto della inesecuzione ossia della mora obbliga il debitore ai danni ed interessi verso del creditore, *ancorchè non siavi intervenuta mala fede* (1). È sanzionato nell' articolo 1336: *ogni fatto qualunque dell' uomo che arreca danno ad altrui obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno*. Quando si viene a verificare, che il fatto del debitore non possa scusarsi, si deve allora distinguere, se il danno sia stato prodotto per dolo o cattiva fede del debitore, o per semplice colpa ossia negligenza. Nell' articolo 1104 è detto: *Il debitore non è tenuto se non ai danni ed interessi che sono stati preveduti, o che si potevano prevedere nel tempo del contratto, quando l' inadempimento della obbligazione non derivi dal suo dolo*. È regola costante doversi sempre osservare se siavi stato quell' *animus*

(1) *Art.* 1101.

Digitized by Google

laedendi; quindi anche nell'articolo 1481 dicesi: *Se il venditore ha venduto con mala fede il fondo di un altro, sarà tenuto a rimborsare al compratore tutte le spese, anche voluttuose o di delizia, che costui avesse fatto sul fondo.* In tale circostanza non può esser obbligato ai danni ed interessi che non ha potuto prevedere, quando anche questi danni impreveduti fossero la conseguenza immediata, e diretta della inesecuzione del contratto.

Si può dilucidare la dottrina di sopra esposta con un esempio. È cosa naturale al contratto di compra e vendita, che se mai il compratore sia spogliato della cosa comprata, il venditore del fondo è tenutó alla evizione, cioè è tenuto il venditore non solo a rimborsare il prezzo, ma benanche essendo stato il fondo riparato o migliorato, tutte le riparazioni o migliorazioni non solo necessarie, ma utili devono essere pagate dal venditore al compratore. Questo è un punto di vecchia e nuova legislazione (1). Poggia la ragione di tale disposizione, dal che doveva, e poteva il venditore prevedere, che dal compratore sarebbero state fatte si delle riparazioni, che miglioramenti. Difatti un diligente padre di famiglia nel comprare un fondo, deve pensare al modo di non solo conservarlo, ma benanche migliorarlo.

Non deve però il venditore rimborsare il compra-

(1) *Art.* 1480.

tore delle spese voluttuose, e di semplice piacere fatte nel fondo. Non era certamente cosa ordinaria il prevedersi, che il nuovo padrone avrebbe fatto delle spese inutili e superflue, e sebbene la perdita di tali spese arrechi un danno al compratore, pure non prevedute, non si devono pagare. Se al contrario la causa della evizione era nota al venditore, la vendita essendo stata fatta in mala fede non solo dovrà il compratore esser rimborsato delle spese utili e necessarie, ma benanche di quelle dette voluttuose, poichè se il venditore ha potuto ignorare, come anche lo poteva ignorare un possessore di buona fede, delle spese, che il compratore avrebbe fatte sul fondo, pure però sapeva, che egli vendeva una cosa non sua, e facendo una vendita che esponeva l'acquirente ad una evizione, avrebbe dovuto avere la volontà di riparare tutte le perdite, che avrebbe sofferte il compratore mediante la evizione. In una parola. L'evizione per riguardo al venditore di buona fede, è un evenimento, che egli non aveva potuto prevedere simili danni, che avrebbe cagionato al compratore, che era nella buona fede. Questa dottrina è ben discussa da Pothier nel trattato delle obbligazioni num. 164 e nel contratto di vendita num. 132. L'articolo 1104 dice chiaramente: *il debitore non è tenuto se non a' danni ed interessi che sono stati preveduti, o che si potevano prevedere nel tempo del contratto, quando lo ina-*

Digitized by Google

dempimento della obbligazione non derivi dal dolo.

Nell' articolo 1105 è detto: *Quando anche l' inadempimento della convenzione provenga dal dolo del debitore, i danni ed interessi relativi alla perdita sofferta, ed all' utile perduto dal creditore non debbano estendersi se non a ciò che è una conseguenza immediata o diretta dello inadempimento della convenzione.* Spiega Toullier queste parole *conseguenza immediata e diretta* della inesecuzione della convenzione, cioè: i danni causati unicamente dal fatto della inesecuzione della convenzione, e non già quelli i quali non sono, che conseguenze lontane del fatto della inesecuzione o alle quali altre cause vi siano concorse. Ecco un esempio rapportato da Toullier, ma ricavato dal Domat (1) Tizio mi affitta delle vetture per vendemiare una vigna lontana dal mio domicilio; io mi sono colà trasportato per preparare delle tine, e far trovare pronti i vendemmiatori. Tizio manca di mandarmi le sue vetture: sono perciò obbligato affittarne delle altre a più caro prezzo: o pure non trovando le vetture sono stato nella necessità di dismettermi dai vendemmiatori, e così ritardare la vendemia. In seguito cade una grossa grandine, che distrugge la mia ricolta, che io avrei venduta per pagare i miei creditori. Per mancanza di tale pagamento sono costretto a dichiararmi fallito. Tizio deve

(1) *Lib.* 3. *tit.* 5. *sect.* 2. *num.* 4.

egli indennizzarmi al primo caso di ciocchè io aveva pagato per l' affitto più caro, fatto delle vetture? Al secondo caso, mi deve la mercede che dippiù ho dovuta pagare ai vendemmiatori, e delle mie spese di viaggio? Mi dovrà il prezzo della ricolta in tutto o in parte? Dovrà egli indennizzarmi della perdita che ho sofferta per la vendita de' miei beni e di quanto di danno mi sia avvenuto per la ruinosa fallenza?

Egli è chiaro, che questa ultima vendita, se essa può esser considerata come una conseguenza della colpa di Tizio, ne è una conseguenza troppo lontana a poterne rispondere. La causa diretta, la causa immediata di questa perdita è lo stato pessimo de' miei affari, stato il quale Tizio non ha potuto prevedere. La sua condizione non deve esser peggiore per aver mancato di parola a quella persona più tosto, che ad un altra, ad una persona i di cui affari erano in disordine più tosto, che ad una persona i di cui affari erano in buono stato. Questa perdita non è la conseguenza immediata e diretta della mancanza di Tizio: essa è stata prodotta da una causa straniera, che non può esser imputata, e che non poteva prevedere. Egli dunque non potrà rispondere, quanto anche da sua parte vi fosse stato il dolo, la cattiva fede.

Ma per quello, che riguarda la perdita della ricolta si dovrà dal padrone delle vetture indennizzare interamente, o in parte, o niuna indennizzazione

Digitized by Google

dovrà prestarsi ? A nulla sarà tenuto se non abbia consegnata la cosa data in affitto per causa di una forza maggiore (1), cioè quando una causa estrinseca abbia ciò cagionato : così se non si fossero consegnate le vetture per esser quelle state prese pe'l bisogno del regno a requisizione de' magistrati , o se fossero quelle perite per un accidente , o poste nello stato da non poter servire per occasione di una malattia. Ma niuna di tale causa concorrendovi , neppure si può risolvere semplicemente doversi la descritta indennizzazione. Bisogna distinguere, se nella non dazione delle vetture vi sia stato il dolo , o semplicemente una colpa. Se p. e. Tizio dopo di aver a me affittato le vetture , per profittare qualche cosa di più nella mercede ad altri le avesse affittate: in questo caso egli deve tutto il prezzo del ricolto: se la perdita sia stata una conseguenza immediata e diretta della non esecuzione della obbligazione. Il decidere ciò, dipende dallo esame delle circostanze che sono concorse nell'accaduto: così se io avessi potuto procurare delle altre vetture , e ciò non siasi fatto , in questo caso la perdita del ricolto non è più una conseguenza immediata e diretta della non esecuzione della obbligazione, ma bensì molto vi ha contribuito la mia colpa : dunque non posso far cadere tutta la perdita nella persona di Tizio. Dall'altra parte la mia negligenza può esser scusabile : io ho

(1) *Art.* 1102.

potuto riposare sulla parola di Tizio, e tener di certo, che l' indomani mi avrebbe condotto le sue vetture. Spetta al magistrato esaminare simili circostanze e così giudicare in quale proporzione la perdita debba sostenersi da Tizio, e quanto debba esser attribuito alla negligenza dell' affittatore. Ma se nel mentre io stava aspettando l' arrivo delle vetture, ed era scorso il tempo prefisso, una gragnuola, un oragano, avesse devastata la mia vigna, Tizio mi deve indennizzare della intera perdita della mia ricolta, non potendosi negare esser stata una tale perdita *una conseguenza immediata dell' inadempimento della convenzione.* Tutte le mie misure erano prese, il giorno era fissato, i vendemiatori caparrati, le vetture affittate. Se queste si fossero trovate pronte, la mia vendemia si sarebbe completamente fatta, nè sarebbe stata distrutta dal sopravvenuto disastro. Si potrà dire, che la perdita non è stata cagionata dalla colpa di Tizio, ma dal caso avvenuto. Si potrà quì rispondere, che per rendersi il debitore in mala fede, e responsabile de' danni ed interessi l'articolo 1103 non esige che la non esecuzione della convenzione sia la causa *immediata e diretta*, ma solamente che il danno sia una conseguenza immediata e diretta dell' inadempimento, il che è ben differente. Si dirà, che l' oragano è stato un caso straordinario ed impreveduto, che non può esser imputato a Tizio: *ea quae raro accidunt, non temere in agendis negotiis computan-*

Digitized by Google

tur (1). Ma siccome nell' articolo 1104 è stabilito: *non esser il debitore tenuto se non a' danni ed interessi che sono stati preveduti, o che si potevano prevedere nel tempo del contratto, quando lo inadempimento della obbligazione non derivi dal suo dolo*, perciò in forza di tale disposizione il debitore è tenuto al caso fortuito, allorchè è stato preceduto da qualche colpa da sua parte, senza la quale la perdita non sarebbe avvenuta, o allorchè è in mora di eseguire la sua obbligazione. Ora non vi è colpa più grave di quelli, che mancano alla sua parola con premeditato disegno, o per procurarsi un vantaggio più considerevole. È dunque certo che Tizio era in colpa: che la sua colpa è stata seguita immediatamente e direttamente dall' oragano che ha distrutta la mia ricolta, e che senza questa mancanza, io non avrei provata alcuna perdita: così Tizio mi deve una intera indennità.

Ma bisogna che questa perdita sia la conseguenza *immediata e diretta* dello inadempimento della obbligazione è detto nell' articolo 1105, e che non sia stata preceduta da alcuna mia colpa, o negligenza: così a me è riuscito impossibile procurarmi delle altre vetture avanti l' oragano, perchè se io avessi quelle potuto procurarle, e ciò non siasi fatto, la mia negligenza avendo preceduto l' evenimento, non si può

(1) *L.* 64. *de R. J.*

dire più esser stata la causa *immediata e diretta* la colpa di Tizio, è più tosto anche la conseguenza della mia negligenza. Tizio non deve dunque malgrado la sua cattiva fede esser condannato ad indennizzarmi della totalità della mia ricolta. Non deve neppure indennizzarmi del salario degli operaj, che io ho dovuto rinviare, e delle spese che ho potuto fare inutilmente per preparare la mia vendemia, perchè la mia negligenza non concorse in nulla a questa perdita, unicamente causata dalla colpa di Tizio.

Si supponga fraditanto, che per parte di Tizio non siavi stata cattiva fede, e che egli abbia mancato di eseguire la obbligazione, non per ritrarne un profitto più considerevole delle mie vetture, ma perchè Mevio al quale erano state affittate, ha mancato di ricondurle nel giorno fissato pel ritorno delle medesime. Questo ritardo non è certamente una causa estranea, la quale non possa esser imputata a Tizio, come è ordinato nell' articolo 1104 per esentarsi dai danni ed interessi. Egli dovea prendere delle misure per astringere Mevio ad esser esatto nella restituzione delle vetture, o a renderlo responsabile del non adempimento della convenzione. Tizio dunque è in colpa, ma come non è effetto del suo dolo il non adempimento della convenzione, perciò non è tenuto se non ai danni ed interessi che ha potuto prevedere. Ora è certo che non potevasi prevedere una gragnola, o gelo, che avesse a devastare la mia vigna.

Digitized by Google

Continua Toullier a rapportare varj esempj per rendere chiara la dottrina de' danni ed interessi, ma si anderebbe troppo a lungo, se quì tutto si volesse racchiudere. Del resto per coloro, che sono autorizzati a leggere de' libri dalla S. Sede proibiti, avendone legalmente ottenuto il permesso, potranno leggere Molineo nel suo trattato del *quantum interest.*

Art. 1106. *Quando la convenzione stabilisca che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni ed interessi, non può concedersi all' altra parte una somma maggiore o minore.*

Art. 1107. *Nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni e gl' interessi risultanti dal ritardo di eseguirle non consistono giammai se non nella condanna a pagare gl' interessi correnti al tempo della mora, eccettuate le regole particolari al commercio ed alla malleveria. Questi danni ed interessi sono dovuti senza che il creditore debba giustificare alcuna perdita.*

Non sono dovuti se non dal giorno della domanda, eccettuati i casi ne' quali la legge dichiara che debbono ipso jure *decorrere.*

Art. 1108. *Le rendite scadute, come i fitti, le pigioni, e le rendite perpetue o vitalizie arretrate producono interessi dal giorno della domanda o della convenzione.*

La stessa regola si osserva per le restituzioni de'

frutti e per gl' interessi pagati da un terzo al creditore a discarico del debitore.

Nell' articolo 1106 si prevede il caso in cui la somma da pagarsi a titolo di risarcimento di danni ed interessi per la inesecuzione, sarebbe stata fissata dalla convenzione medesima. Questo stabilimento incontrò delle difficoltà come apparisce dalle conferenze (1). Taluni nella discussione volevano che restasse l' uso introdotto di autorizzarsi il giudice a fissare un giusto prezzo de' danni ed interessi, quando si credesse essersi usato troppo rigore per parte del creditore, troppa facilità o imprudenza per parte del debitore, il quale punto non prevedendo gli ostacoli della esecuzione della sua convenzione, non si sarebbe imaginato, che avrebbe poi seriamente a temere di dover pagare la somma alla quale si aveva assoggettato. Sembrò prudente di far intervenire il giudice per ridurre la somma, che eccedesse evidentemente il danno effettivo. Ma come autorizzare tale potere? Conviene supporre delle irragionevoli convenzioni? Se si accordasse al giudice il dritto di ridurre la somma convenuta, si avrebbe pure dovuto dargli quello d' aumentarla in caso d' insufficienza. Ciò sarebbe turbare la fede dovuta ai contratti. La legge è fatta per i casi ordinarj, e non già per alcune eccezioni, che

(1) *Tom. 7. pag.* 252.

Digitized by Google

dovranno derogare a questa regola fondamentale, che formano la legge delle parti contraenti.

L' articolo 1107 contiene una dottrina la quale è contraria alle leggi canoniche, le quali in tutti i tempi sono state gelosamente rispettate nel nostro regno, meno che dalla occupazione militare in poi. In questo articolo sono espressamente sanzionate le usure. Queste per divina legge erano proibite presso degli ebrei: nella Francia erano severamente puniti i feneratori. Alessandro III. nel Concilio III. Lateranense proibì le usure. Guglielmo nostro Re in una sua costituzione (1) si uniformò alle decisioni del detto Concilio Lateranese. Federico II. pubblicò la sua costituzione *usurariorum nequitatem* colla quale dichiarò l' usura delitto pubblico, e soggettò tanto le grandi, quanto le piccole usure alla confisca di tutti i beni. Carlo III. pubblicò varie prammatiche proibitive delle usure. Si abolirono le leggi relative alle usure in Francia nell' anno 1789 nella epoca della cominciata rivoluzione.

Nel nostro regno restarono abolite colla pubblicazione del codice civile. Ma è stata questa realmente la mente del nostro religiosissimo Sovrano? Non posso ciò presumere. La materia delle usure la tratterò nel titolo del mutuo, per ora ho solamente voluto toccare queste idee preliminari. Si ricordano pe-

(1) *Sancimus de usur. puniendis.*

rò i miei alunni la massima, che piantai nella prefazione, che feci precedere al presente corso legale. Un Re, una legge, una deve esser la religione del regno. Tutti dobbiamo versare anche il proprio sangue a difesa del Re, e della nostra Santa cattolica, ed apostolica cristiana religione.

SEZIONE V.

Delle interpretazioni delle convenzioni.

Sotto nome d' interpretazione s' intende la spiega la più verisimile di tutto ciò, che sembra oscuro o ambiguo, cioè l' arte di scoprire i pensieri, che si esprimono dalle parole, o dalla scrittura. In mille casi bisogna ricorrere alla interpretazione delle convenzioni. 1.° L' imperfezione dell' idioma, l' ignoranza, e la poca attenzione usata nella redazione degli atti: sono tali cose una sorgente infelieemente inesauribile di oscurità, ed ambiguità delle quali l'uomo di cattiva fede se ne impossessa con avidità per così esentarsi dalla esecuzione delle sue obbligazioni. 2.° Le obbligazioni non solo ci astringono a ciocchè si trova espresso, ma benanche a quanto è conseguenza della equità, e dell' uso. Ora tale conseguenza non è determinata di una maniera assai precisa nel codice, per togliere e prevenire tutte le liti.

Digitized by Google

Art. 1109. *Nelle convenzioni si dee indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzichè attenersi al senso letterale delle parole.*

La convenzione tien luogo di legge alle parti; conviene dunque per interpretare questa legge, indagare quale fu l'intenzione di quelli che l'hanno fatta. Se è mal intesa in forza di termini che s' impiegarono, conviene più tosto considerare la volontà, che il senso letterale delle espressioni grammaticali. *In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit* (1).

Coll'essersi detto nell'articolo di non *doversi attenere al senso letterale delle parole*, ma doversi indagare nelle convenzioni quale sia stata la comune intenzione delle parti, viene piantata una regola assai estesa, la quale potrebbe portare a molte inconseguenze. Difatti costà dalle conferenze nell'art. 1156, che ciò venne osservato, e si piantò la seguente massima: allorchè le parole materiali sono oscure o ambigue in tale caso si può aver ricorso alla presunzione, ed interpretazione della volontà de'contraenti. Non così quando le parole sono chiare. Quindi restò conchiuso che la regola contenuta nell' articolo 1109 era assai inesatta e falsa per la soverchia generalità. Domat (2) ecco come si spiega: » dovendo le conven-

(1) *L.* 219. *de reg. jur.*

(2) *Lib.* 1. *tit.* 1. *sect.* 2. *num.* 10.

zioni formarsi per mezzo del consenso reciproco de' contraenti, ciascuno deve sinceramente e fedelmente spiegare quello che promette e che pretende. *In quorum fuit potestate legem apertius conscribere* (1). Le oscurità e le dubbiezze che in esse possono insorgere, debbono esser spiegate secondo la loro comune intenzione. *Quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusque capi interpretationem* (2). Quando una tale oscurità manchi deve valere la regola formata da Marcello. *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem* (3). La volontà de' contraenti, ossia la comune loro intenzione si scopre immediatamente dalle parole delle quali si sono serviti, essendo le parole i segni de' pensieri. Si conchiuda dunque. Quando non si riconosce alcuna dubbiezza nelle parole, bisogna intenderle nel senso, che comunemente gli viene dato dall' uso generale. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (4). Sembra che tale dottrina cioè di doversi intendere le parole secondo l' uso comune, sia figlia della ragione. Difatti la parola è data all' uomo per esser un segno de' suoi pen-

---

(1) *L.* 3. *de pact.*
(2) *L.* 168. *de R. J.*
(3) *L.* 269. *de leg.* 3.
(4) *L.* 25. *de reg. jur.*

Digitized by Google

sieri, e per comunicarli agli altri. È l'uomo rigorosamente obbligato, in trattando con suoi simili d'impiegare le parole nel senso, che dall'uso li viene dato, cioè nel senso come comunemente essi stessi le intendono. Si avverta solo che la legge distingue sulla interpretazione delle parole negli atti tra vivi, e di ultima volontà. In queste ecco quanto dicesi (1). *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.* È spiegato quel *plenius* in una nota da Toullier (2). Una interpretazione piena o intera, nel linguaggio de' giureconsulti, è quella la quale tende a nulla togliere per causa della oscurità delle disposizioni, che cerca applicare in tutta la sua estensione, in modo, che quelle abbiano una piena ed intiera esecuzione, senza niente abbandonare di ciocchè sembra oscuro. Il gius canonico disse: *In contractibus plena: in testamentis plenior interpretatio est adhibenda.* Una tale piena interpretazione non si deve però portare tant'oltre, che si debba allontanare dal vero senso delle parole. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (3). *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem* (4).

---

(1) *L.* 12. *de R. J.*

(2) *L. c.*

(3) *L.* 25. §. 1. *de leg.* 3.

(4) *L.* 69. *de legat.* 3.

Art. 1110. *Quando una clausola è suscettiva di due sensi, si debbe intendere in quello con cui può avere qualche effetto, più tosto che in quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno.*

Questa regola è dettata dalla retta ragione. In un atto così serio come è quello della formazione o di un contratto, o di un testamento non è da presumersi, che nulla si abbia voluto dire, n' è da presumersi che si abbia voluto inserire una clausola assolutamente inutile. Per esempio, se in un atto di divisione i condividenti siansi così espressi. *È stato convenuto fra Pietro e Paolo che sarà lecito a Paolo di passare sui suoi fondi.* Quantunque queste parole *suoi fondi* in senso letterale si possono intendere tanto de' fondi di Paolo che di Pietro, non vi è dubbio, che si devono intendere per quelli di Pietro, altrimenti la clausola non avrebbe alcun effetto, non essendo necessaria a Paolo una stipulazione per poter passare sui suoi proprj fondi.

Art. 1111. *Le parole suscettive di due sensi debbono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto.*

Per esempio se in un contratto si fosse detto che io vi ho affittato per la somma di docati 300 un dato fondo per nove anni, l' espressione di docati 300 non si deve intendere che sia 300 docati una volta tanto, ma bensì che la somma di docati 300 sia annuale per ciascun' anno di locazione, essendo della

Digitized by Google

natura di un tale contratto che il prezzo consiste in un affitto annuale. Non si potrebbe però lo stesso dire, se la somma di docati 300 fosse il valore dell' affitto di un novennio.

ART. 1112. *Ciò che è ambiguo, s' interpreta da ciò che si pratica nel paese dove si è stipulato il contratto.*

Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est: aut si non apparet, quod actum est, erit consequens, ut id sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur.

ART. 1113. *Ne' contratti si debbono aver per apposte le clausole che sono di uso, ancorchè non vi siano espresse.*

È assioma risaputo, che *in contractibus tacite veniunt ea, quae sunt moris et consuetudinis* (1). Così fatto l' affitto della casa in Napoli, e non essendosi espressamente pattuito in quale epoca debba pagarsi la mercede: s' intende doversi pagare terziatamente.

ART. 1114. *Le clausole de' contratti s' interpretano le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall' atto intero.*

Pothier (2) rapporta quì il disposto della legge 126 *de V. S.* Ecco il caso nella medesima rapportato dal giureconsulto Proculo. Si è convenuto nella vendita di un fondo, che questo era *optimus maximus et ad-*

---

(1) *L.* 34. *de R. J.*

(2) *Num.* 96.

jeci, jus fundi deterius factum non esse per dominum, praestabitur. In seguito il venditore ha detto, che non intendeva di garantire che pel fatto suo proprio. Questa seconda clausola serve per la interpretazione della prima, e restringe la generalità de' termini, cosicchè si deve intendere che il venditore colla prima clausola non abbia altro promesso ed assicurato, se non che esso non aveva imposto alcuno carico al fondo venduto, e che era libero da tutti quelli che avrebbe potuto imporvi, non mai da quelli che potessero esser stati imposti da' suoi autori, e de' quali esso non era a giorno: e si conchiude: *ne quid aliud praestare debeam, quam jus fundi per dominum deterius factum non esse.*

Art. 1115. *Nel dubbio la convenzione s' interpreta contro di colui che ha stipulato ed a favore di quello che ha contratta la obbligazione.*

In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt (1). Il creditore deve a se stesso imputare di non essersi meglio spiegato.

Art. 1116. *Per quanto sieno generali i termini co' quali si è espressa una convenzione, essa non comprende se non le cose, sopra le quali apparisce che le parti si abbiano proposto di contrattare.*

È detto nella *legge* 9. §. *fin. de transact. Iniquum est perimi pacto id, de quo cogitatum non est.*

(1) *L.* 38. §. 18. *de V. oblig.*

Digitized by Google

ART. 1117. *Quando in uno contratto si è espresso un caso ad oggetto di spiegare l' obbligazione, non si presume di aver voluto con ciò escludere i casi non espressi, ai quali per legge può estendersi l' obbligazione.*

Quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus commune non laedunt (1). Così essendosi contratto il matrimonio colla comunione de' beni, si è pattuito, che tutti i beni mobili provenienti da qualche successione, che si anderà ad aprire a beneficio di uno de' conjugi, debbano far parte della comunione. Ora questa spiega era inutile a farsi, essendo dalla legge stabilito, che tutte le cose mobili debbano far parte della comunione: quindi non solo faranno parte della comunione le cose mobili, che si acquisteranno dall' apertura di una successione, ma tutti i mobili, che per altra via si possono avere.

Osserva Toullier, che tutte queste sono massime non imperative, ma di semplice consiglio. Attese le diverse circostanze si possono i giudici allontanare dalle ridette regole, il che è comune a tutte le regole di dritto. La ragione si è, che la menoma circostanza basta per allontanarne l' applicazione. Sirey (2) rapporta una decisione della cassazione di Parigi, che piantò qual regola generale quanto da Toullier vien detto.

(1) *L.* 56. *mandat.*
(2) *Tom.* 7. *pag.* 241.

Sezione VI.

Dell' effetto delle convenzioni riguardo a' terzi.

SOMMARIO.

I. *Quale è la ragione per la quale le obbligazioni non astringono il terzo :. Quale sia l' azione, che si accorda ai creditori contro de' terzi per impedire che questi non pagassero al loro debitore.*

II. *Cosa è l'azione Pauliana : da chi introdotta, e quando dal creditore possa esser esercitata. Quali sono i dritti personali che non possono sperimentare i creditori.*

Art. 1118. *Le convenzioni non hanno effetto....*

Art. 1119. *Nondimeno i creditori possono esercitare tutti i dritti e tutte le azioni....*

Art. 1120. *Possono pure in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni.*

Debbono nondimeno, riguardo a' dritti enunciati nel titolo delle successioni, *e nel titolo* del contratto di matrimonio, *e de'* dritti degli sposi *conformarsi alle regole, che ivi sono prescritte.*

Digitized by Google

I. Dopo di aver osservato in qual modo debbonsi interpretare le obbligazioni, conviene seguirne le conseguenze e gli effetti.

Si disse nell' articolo 1073 che niuno può obbligarsi per un terzo nel suo proprio nome, fuorchè per se medesimo, e nell' articolo 1088 si stabilì che le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte. In conseguenza di tali principj nell' articolo 1118 è prescritto, che *le convenzioni non hanno effetto se non tra le parti contraenti, esse non pregiudicano, nè giovano a' terzi fuorchè nel caso preveduto nell' articolo* 1075, cioè fatta a beneficio di un terzo una promessa, non può più rivocarsi, se il terzo abbia dichiarato di volerne profittare. Sarebbe difatti ingiusto se un'atto al quale una terza persona non concorse, potesse essergli dannosa. *Non debet alii nocere, quod inter alios actum est* (1).

II. Nell'articolo 1962 è detto: chiunque si è obbligato personalmente è tenuto ad adempiere alle sue obbligazioni su tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri, e nell' articolo 1963 è stabilito che i beni del debitore formano la comune garantia de'suoi creditori: quindi giustamente è sanzionato nell' articolo 1119, che *possono i creditori esercitare tutti i*

---

(1) *L.* 10. *de jurisd.*

dritti e tutte le azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali.

Quante volte i debitori per frodare i creditori alienassero i loro beni, oprarebbero in mala fede, e quindi giustamente il Pretore Paolo nel suo editto ordinò poter i creditori rivocare le fatte alienazioni concedendo ai medesimi un' azione, che dal nome dello stesso autore si chiamò *Pauliana* per rivocare tutti quegli atti, che *in fraudem creditorum facta sunt.* Queste parole *in fraudem creditorum: continent in se omnem omnino fraudem factam, vel alienationem, vel quemcumque contractum* rispose Ulpiano (1). Osservà Toullier, che quì il codice non fa altro, che accennare la proibizione fatta a' creditori dell' alienazione in danno de' creditori. Nulla ha detto sulla diversa maniera di alienare, e di quali mezzi si debbono servire i creditori per rescindere le alienazioni fatte dai debitori in proprio loro danno: osserva che debba restare nella osservanza quanto è stabilito nelle leggi romane. Queste ordinarono, che allora competesse al creditore tale dritto, quando vi fosse intervenuto l' *animus laedendi*, e che effettivamente vi fosse stato il danno, cioè se il debitore realmente dopo fattane l' alienazione il debitore si trovasse insolvibile: quindi quest' azione niente ha di comune coll' azione ipotecaria, che *afficit* sempre

(1) *L. 1. §. 2. quae in fraud. credit. fact. sunt.*

Digitized by Google

il fondo. Dippiù se il debitore reso insolvibile indi per una successione a di lui vantaggio aperta, avesse acquistati de' mezzi a poter pagare, cessa l' azione Pauliana. Le medesime leggi accordarono tale azione, quando si fosse fatta l' alienazione a titolo gratuito, e non già oneroso. In questo caso dell' alienazione a titolo gratuito, si accordava la rivocazione solamente quando il compratore fosse coscio della frode. La ragione del divario si ripete, dal che ne' titoli gratuiti si tratta *de lucro captando*: in quei, che sono onerosi *de damno vitando*.

I creditori nel caso della frode, nel loro nome personale attaccano tutti gli atti, i quali sono di pregiudizio alle loro ragioni. Non solo ciò ha luogo nelle cause communi, ma è anche espressamente sanzionato nel codice delle eccezioni ove viene stabilito, che tutte le alienazioni fatte dieci giorni prima del fallimento restassero rivocate (1). Siccome la grande difficoltà in simile materia si è quella di provare, se nell'alienazione vi sia stato l'animo di frodare, perciò Toullier (2) dimostra doversi quì ammettere, come mezzi di prova non solo le scritture, ed i testimonj, ma benanche quanto è detto nell' articolo 1307, cioè darsi luogo alle presunzioni, che in questa materia sono ammesse per pruove.

---

(1) *Art.* 435. *Cod. di comm.*
(2) *Num.* 355.

Nell' articolo 1120 si dice, possono pure in loro nome impugnare *gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni*. Allorchè dicesi, *gli atti fatti dal loro debitore*, l' espressione *atti* in generale dev' estendersi in modo a comprendere estensivamente tutte le maniere, con le quali un debitore con frode diminuisca il valore de' suoi beni a danno de' creditori, o che gli atti siano illeciti, o che debbano essere annullati, o rescissi nel modo che si dirà nella sezione settima di questo titolo. *Quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecumque fuerit; nam late verba ista patent* (1).

Nella presente legislazione si è ammesso un principio tutto nuovo, e diverso da quello stabilito dalle leggi romane. In queste era detto, che non era fraudolenta la rinuncia, che si facea ad un dritto non ancora acquistato, cioè che non ancora di quello si era il debitore impossessato: l' editto Pauliano *pertinet ad diminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt ne locupletentur* (2). Il nostro codice si è giustamente allontanato da tal massima. Di fatti chi può succedere essendosi aperta una successione a di lui vantaggio, rinunciando perde il dritto che avea di accettare l'eredità: ma il patrimonio del debitore comprendeva in se questo dritto che aumentava il patri-

---

(1) *L.* 1. §. 2. *quae in fraud. credit.*

(2) *L.* 134. *de reg. jur.*

monio del debitore, quale volontariamente venne da lui rinunciato. Sotto di questa considerazione si aggiunsero nell'articolo 1120 le seguenti parole: *debbono nondimeno, riguardo a' dritti enunciati nel titolo* delle successioni, *e nel titolo del* contratto di matrimonio, e de' dritti de' sposi, *conformarsi alle regole, che ivi sono prescritte.*

Nell' articolo 1119 si dice che i creditori possono esercitare tutti i dritti, e le azioni proprie de' loro debitori, *eccettuate quelle, che sono esclusivamente personali*; cioè quelle azioni, le quali sono talmente inerenti alla persona del debitore che il loro esercizio non può cedersi ad altri. Molti esempj se ne potrebbero dare, ricavati dalla vecchia legislazione, così il dritto di congruo lineale, il *jus optionis*, che ebbero i legatarj prima di Giustiniano, cose le quali oggi non sono in uso. Toullier però adduce due esempj presi dal nuovo codice, e sono uno ricavato dall' articolo 760 dove sta rapportato l' unico caso che oggi si può verificare del dritto del ritratto, ossia congruo, che si accorda a tutti i coeredi, o ad un solo de' medesimi contro di qualunque persona, ancorchè parente del defunto, a cui un coerede abbia ceduto i suoi dritti alla eredità. L'altro compreso nell'articolo 1410 nel quale è detto: *i creditori particolari della moglie non possono senza di lei consenso domandare la separazione de' beni.*

CAPITOLO IV.

Delle diverse specie di obbligazioni.

SEZIONE I.

Delle obbligazioni condizionali.

§. I.

Della condizione in generale, e delle sue diverse specie.

SOMMARIO.

I. *Cosa s' intenda sotto nome di condizione: quante sono le specie delle medesime: divisione delle medesime in possibili ed impossibili: tacite ed espresse. Quali siano gli effetti delle condizioni impossibili apposte negli atti tra vivi: che dirsi quando si appongono negli atti di ultima volontà.*

II. *Perchè dicesi aver la condizione un effetto retroattivo: atti conservatorj, che si possono esercitare dal creditore nella pendenza della condizione.*

I. Dopo di avere il codice stabilito le condizioni essenziali per la validità delle obbligazioni; dopo di aver dichiarato i loro effetti generali, entrando in un

Digitized by Google

più dettagliato esame considera le principali modificazioni sotto le quali si possono le medesime formare.

Non si tratta qui di quelle modificazioni, che nel dritto romano dipendevano da formole di azioni, o ch' erano necessarie per i legami civili. Le modificazioni, che quì si esaminano sono quelle che sono inerenti alla convenzione, che ne diversificano la natura e gli effetti, ed abbenchè sembri ch' esse si moltiplichino, e variino come le medesime convenzioni, nulla ostante ve ne sono molte principali, le di cui regole debbono essere stabilite.

Art. 1121. *L' obbligazione è condizionale, quando si fa dipendere da un' avvenimento futuro, ed incerto, o tenendola in sospeso finchè l' avvenimento accada, o risolvendola in caso che l' evento succeda, o non succeda.*

Art. 1122. *La condizione casuale è quella....*

Art. 1123. *La condizione potestativa è quella....*

Art. 1124. *La condizione mista è quella.....*

Il codice civile non parla delle obbligazioni naturali, che viddero la loro nascita coll' uomo stesso; allorchè la legge ha sanzionate l' obbligazioni naturali, accordando contro l' obbligato un' azione: queste obbligazioni allora nel mentre ritengono la loro primitiva natura vestono il carattere della legge, che le sanziona, e debbono più presto riporsi nella classe delle obbligazioni naturali, e civili, dette miste, di quello che considerarle come semplicemente naturali. Non

si può però negare che alcune volte la legge civile non prende parte nel sanzionare mediante un' azione simili obbligazioni meramente naturali. La ragion politica del governo, oppure le vedute dell' ordine pubblico ciò richiese. Così abbiamo nell' articolo 1837 che i debiti contratti per causa di giuoco non producono contro il perdente alcun' azione a favore del vincitore.

Nella stessa maniera non parla delle obbligazioni civili, nonostante che non mancano degli esempj nel codice civile di simili obbligazioni. Dottrine di tale natura si possono leggere presso di Toullier, che diffusamente ne parla nel presente titolo.

La condizione siccome è il caso di un' avvenimento futuro, ed incerto, che può, o non può succedere, così nell' articolo 1121 è detto: l' obbligazione è condizionale, quando si fa dipendere da un' avvenimento futuro, ed incerto, o tenendola in sospeso finchè l' avvenimento accada, o risolvendola in caso che l' evento succeda, o non succeda. Da se stesso apparisce essere la condizione o sospensiva, o risolutiva. La natura di queste due condizioni sarà analizzata nel paragrafo secondo, e terzo di questo capitolo. Si distinguono ancora le condizioni in *positive*, e *negative*. Positiva dicesi quella condizione, che consiste nel caso che succederà una data cosa, che può, o non può succedere, come sarebbe questa, *se Tizio prenderà moglie*. Negativa all' opposto dicesi quella, la quale consiste nel caso, che non succederà una

Digitized by Google

data cosa, che può o non può succedere, come sarebbe questa, *se non prenderà moglie.*

Si distinguono ancora le condizioni in *casuale*, *potestativa*, e *mista*..

La condizione casuale *è quella che dipende dal caso, e che non è in potere del creditore, nè del debitore* (1).

La condizione potestativa *è quella, che fa dipendere l'esecuzione della convenzione da un' avvenimento, ch' è in facoltà dell' una, o dell' altra parte contraente di far succedere, o d' impedire* (2).

La condizione mista *è quella, la quale dipende nel tempo stesso dalla volontà di una delle parti contraenti, e dalla volontà di un terzo* (3).

Art. 1125. *Qualunque condizione di una cosa impossibile, o contraria ai buoni costumi, o proibita dalla legge, è nulla, e rende nulla la convenzione che ne dipende.*

Art. 1126. *La condizione di non fare una cosa impossibile non rende nulla l' obbligazione contratta sotto tal condizione.*

La condizione viene anche divisa in *impossibile*, e *possibile*. La possibile è compresa nelle tre descritte specie di condizioni casuale, potestativa, e mista.

---

(1) *Art.* 1122.

(2) *Art.* 1123.

(3) *Art.* 1124.

L'impossibile poi è quella la quale non si può verificare: ciò può accadere, o perchè il fatto fisicamente è impossibile a succedere, oppure perchè è contrario alla legge, o al buon costume: quindi si dice che la condizione è impossibile o fisicamente, o moralmente, o legalmente. Quando la condizione è impossibile naturalmente o per esser contraria ai costumi, o proibita dalla legge, è nulla la convenzione alla quale è unita, nè può avere alcun' effetto. Diceva la legge romana: *non solum stipulationes impossibili conditione applicatae nullius momenti sunt*, *sed etiam caeteri quoque contractus* (1).

Questa regola nulla ha di contrario a quella che fu stabilita per le condizioni apposte ne' testamenti: nè urta coll'articolo 816, come si spiegò nell'analisi fatta al medesimo (2). Le condizioni impossibili apposte negli atti di ultima volontà si hanno come non menzionate. Non è da presumersi che un padre di famiglia abbia voluto scherzare in un' affare molto serio. La clausola per la quale il testatore dispone è agli occhi della legge la sua speciale volontà: essa non presume ch' egli abbia realmente voluto farla dipendere da una condizione impossibile, contraria ai buoni costumi, o proibita dalla legge: la condizio-

(1) *L.* 31. *de obblig.*, *et act.*

(2) Toullier *qui di nuovo avverte la necessità di riformarsi l' articolo* 816.

Digitized by Google

ne non è allora calcolata che qual semplice errore.

Si deve però avvertire se la condizione impossibile naturalmente (che chiamasi anche semplicemente impossibile) sia proposta come condizione *affermativa*, o *negativa*. Così *prometto mille se ti beverai tutta l'acqua del mare*, questa stipula è nulla: se poi si dica: *ti prometto mille, se non ti beverai tutta l'acqua del mare*, questa stipula è valida, e produrrà il suo effetto. È noto l'assioma *cujus adfirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria*. Questa condizione si vede essere stravagante, ma non impossibile, poichè è l'avvenimento contrario che starebbe fuori della possibilità. Se poi la condizione sia impossibile per legge, o perchè contraria al buon costume, in qualunque maniera venghi concepita, cioè o che sia affermativa, o negativa, sempre renderà nulla la convenzione. Così *ti prometto mille se ucciderai Sempronio*, questa stipula è nulla: ugualmente è nulla se si dica, *ti prometto mille se non ucciderai Sempronio*. L'uomo deve astenersi dal delitto *non spe lucri, sed amore virtutis*.

Le condizioni sono anche o espresse o tacite.

Le condizioni espresse sono quelle le quali sono dichiarate in un contratto o testamento, e che sono espressamente applicate alla obbligazione, o alla disposizione. Diconsi ancora disposizioni di fatto, perchè le medesime hanno per oggetto de' fatti affermativi o negativi imposti o dai contraenti, o pure dal testatore.

Le condizioni tacite sono quelle le quali esistono ne' contratti o ne' testamenti, sebbene non siano state espresse. Chiamansi condizioni di dritto, perchè la legge ne supplisce molte, e le altre possono essere supplite dal magistrato.

Le tacite condizioni possono derivare da tre differenti cause. 1.° Supplite dalla legge. 2.° Dalla natura del contratto, o dalle cose. 3.° Dalla presunta volontà de' contraenti. Quando si spiegò la materia relativa alla rivoca delle donazioni si diede qualche nozione relativa a simili tacite condizioni: così la sopravvenienza de' figli, il vizio della ingratitudine, la inosservanza de' patti, formano delle tacite condizioni. Altri esempj si possono osservare negli articoli 1503, 1433, 1043, 1137.

Nascono le tacite condizioni dalla natura della cosa che forma l' oggetto del contratto, e varii esempj se ne possono addurre, ciò si verifica quando la cosa che forma l' oggetto può, e non può esistere. Così oggi vendo un mio cavallo: io ignorava che in quel momento il cavallo era morto. Vi vendo il vino, che andrò a raccogliere nel mio fondo: una grandine ha posteriormente quello devastato. La convenzione è nulla sì nel primo, che nel secondo caso, perchè vi è sottintesa la condizione della vita del cavallo ec.

Per vedersi quando le condizioni tecite nascono

Digitized by Google

da una presunta volontà de' contraenti o del testatore si può leggere Voet (1).

Differisce una convenzione quando è condizionale, da quella fatta *sub modo*.

La differenza tra queste due convenzioni si conosce dalle diverse espressioni, le quali i contraenti hanno usato, essendo le parole i segni de' loro pensieri.

La medesima clausola può esser modo, o condizione. È condizione quando sospende la esecuzione del contratto, e la nascita delle obbligazioni: se poi l' obbligazione non resta sospesa, è un modo, e non una condizione. *Così vi dono la mia casa, se darai tua figlia in moglie a Cajo.* È questa una convenzione condizionale, non si potrà dal donatario pretendere la casa, se prima non dimostrerà di esser stato effettuito il matrimonio di sua figlia con Cajo. Vi dono la mia casa a condizione di dover pagare mille a Sempronio. Quì vi è un modo, e non già una condizione. La convenzione non resta sospesa: il donatario può domandare la casa prima di dare i mille. Sicchè è modale la convenzione, allorchè il donatario è incaricato di fare o non fare una qualche cosa, senza che l' adempimento di tale carico sospenda, o ritardi la esecuzione di questa disposizione. Acciocchè però una convenzione si dica esser fatta

---

(1) *Ad Pand. lib.* 28. *tit.* 7. *num.* 3. *e* 4.

sub modo, è necessario che il carico sia imposto all' altra parte per privato interesse di un terzo, o di colui che ce lo impose. Così un dono fatto per studiare, per maritarsi, per comprare un fondo, quando questi carichi non sono una condizione sospensiva, non vi è modo, ma una causa impulsiva, il di cui difetto di adempimento non dà luogo alla risoluzione del contratto o della disposizione, a meno che non sia stata manifestata una contraria intenzione.

Così io dono a Tizio dieci mila docati acciocchè si compri un fondo: io non ho azione a costringere Tizio acciocchè faccia l'acquisto, nè di far risolvere la donazione per mancanza di non aver ciò fatto: Quì non si tratta dello interesse del donante o di un terzo, ma solamente del vantaggio del donatario. Il donante potrà esigere che si faccia l' impiego, o negarsi all'adempimento della condizione. Si può vedere Toullier (1) che diffusamente spiega la dottrina relativa al modo, ed alla condizione. Si deve però aver sempre innanzi agli occhi che: *In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet*, *eaque regit conditiones*: più: *voluntas magis*, *quam verba interpretanda est*.

Parlandosi delle obbligazioni, si disse essere un vincolo legale, per opera del quale il creditore astringe

(1) *L. c.*

il debitore a dare, o fare una qualche cosa. Quindi giustamente trovasi stabilito nell' articolo 1127 che *ogni obbligazione è nulla, quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si obbliga.*

Tale condizione non sospende, ma distrugge l'obbligazione, peccante in questo caso per mancanza di vincolo. Lo stesso era stabilito presso de' romani: *nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit* (1).

Le condizioni, che i contraenti appongono ne' loro contratti, si è detto di sopra nell' articolo 1088, essere leggi tra' i contraenti. L'adempirle in un modo diverso da quello che si è convenuto, è contravenire alle medesime. Quì i dottori hanno elevate varie quistioni per vedersi, se identicamente debba eseguirsi la condizione, oppure si possa ciò fare per l' equipollenza. Ma quì si deve riflettere che la mira della legge è stata quella di allontanare le sottigliezze, e stabilire solamente per regola generale di doversi ricercare qual mai fosse stata la volontà de' contraenti. Quindi nell' articolo 1129 è detto quando una obbligazione si è contratta sotto la condizione che un' avvenimento succeda in un tempo determinato, una tale condizione si stima mancata, se il tempo sia spirato senza che sia accaduto

---

(1) *L.* 108. §. 1. *de verborum obblig.*

l' avvenimento. Se non vi è tempo determinato, la condizione può sempre adempiersi, e non si ha per mancata, se *non quando sia certo che l' avvenimento non sarà per succedere*. Così se si dica: *ti prometto mille se dentro questo anno ritornerà il tale bastimento ne' porti di Napoli*, è necessario che l' evento si verifichi nel tempo prefisso, altrimenti se spira il tempo senza che sia avvenuta la condizione, si ha per mancata, e l' obbligazione contratta sotto di essa sparisce interamente. *Quando poi l' obbligazione* dicesi nell' articolo 1130 *si è contratta sotto la condizione, resta adempiuta, allorchè questo è spirato senza che sia succeduto l' avvenimento. Essa si adempie egualmente, se prima del termine sia certo che l' avvenimento non sarà per succedere: e se non vi è tempo determinato, non si verifica, se non quando sia certo che l' avvenimento non sarà per succedere.*

Nell' articolo 1131 dicesi, *la condizione si ha per adempita quando il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l' adempimento*. Nella legge romana anche era deciso lo stesso. *Pro impleta habetur conditio, cum per eam fiat qui, si impleta esset, debiturus esset* (1).

Quando però non direttamente, ma indirettamente, e senza disegno d' impedirne l' adempimento abbia il debitore frapposto qualche ostacolo alla ese-

---

(1) *L.* 81. §. *de condit.*, *et demonstrat.*

Digitized by Google

cuzione dell' obbligazione, non può dirsi che ciò sia venuto per il fatto del debitore, nè deve la condizione per conseguenza ritenersi per adempita. Il giureconsulto Paolo per riguardo alle condizioni apposte ne' contratti, disse: *non omne ab heredis persona interveniens impedimentum, pro expleta conditione cedit* (1). Per esempio, *se un testatore a cui io sono successo, vi avesse legata una casa colla condizione che dentro un' anno voi daste al creditore di Tizio una certa somma per cui era detenuto personalmente, e da altra parte, essendo io creditore vostro di grosse somme, ho proceduto alla esecuzione de' vostri mobili, onde ottenerne il pagamento, sebbene questa esecuzione vi abbia inabilitato a dare al creditore di Tizio la somma precisata ed adempire così la condizione apposta al legato fatto della casa, ciò nonostante non può dirsi che sia per fatto mio proprio che siasi impedita la verificazione della condizione, nè questa può ritenersi per adempita, perchè io non l' ho impedita che indirettamente, e l' esecuzione da me fatta non essendo fatta nel disegno d' impedire l' adempimento della condizione, io non ho cercato altro che il pagamento delle somme dovutemi*. Pothier negli numeri 212, 213, e 214 illustra con molti esempj la presente dottrina.

Art. 1132. *La condizione adempita ha un' effetto*

(1) *L.* 38. *de statu liber.*

retroattivo al giorno in cui fu contratta l' obbligazione.

È noto il principio fissato nella legge 18. *de reg. juris.*: *In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus.*

È noto che chi contrae, contratta per se, e per i suoi eredi, in conseguenza giustamente dicesi nel medesimo articolo: *se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano al suo erede.*

Art. 1133. *Il creditore può....*

Quantunque prima dell' adempimento della condizione, il creditore condizionale non abbia ancora alcun dritto, può però esercitare tutti gli atti, che tendono a conservare i dritti, che spera di avere, perciò il codice stabilisce per regola certa, che possa il creditore prima che siesi verificata la condizione, esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi dritti.

§. II.

Della condizione sospensiva.

Art. 1134. *L' obbligazione contratta sotto una condizione sospensiva è quella che dipende o da un' avvenimento futuro incerto, o da un' avvenimento succeduto attualmente, ma non per anco noto alle parti.*

Nel primo caso non può eseguirsi l' obbligazione, se non dopo l' avvenimento.

Digitized by Google

Nel secondo caso l' obbligazione ha il suo effetto dal giorno in cui è stata contratta.

Art. 1135. *Quando è stata contratta l'obbligazione sotto una condizione sospensiva....*

Sebbene da tutto ciò che di sopra si è detto chiaramente apparisca che l' effetto della condizione sia quello di sospendere l' obbligazione, pure in questo paragrafo il legislatore ha voluto maggiormente precisare tali dottrine.

È noto che nella pendenza della condizione non esiste ancora alcuna obbligazione: il creditore non acquista altro se non la speranza di poter conseguire la cosa promessa, speranza, che si trasmette ai suoi eredi, il che però non ha luogo ne' legati. È tanto vero che il creditore non acquista alcun dritto sulla cosa promessa, ch'è noto esser stabilito in dritto, non poter il creditore prescrivere, nè lucrare i frutti, che dalla cosa possono ricavarsi, e se mai questi avesse percepiti, dovrebbe restituirli al debitore (1).

Tali frutti si appartengono al creditore dal momento in cui si verifica la condizione. In quest'epoca egli ne diviene il proprietario, e l'antico padrone cessa di essere possessore di buona fede. Se però l' antico padrone avesse coltivato, e fatte delle altre spese per la coltura, non potrebbe domandarne la

(1) *L. 4. de addict. in diem.*

soddisfazione, giacchè s' intende in quel momento fatta la vendita nello stato in cui l' ha trovata (1). Sembra che questa dottrina distrugga il disposto dell' articolo 1132 nel quale è detto, che la condizione adempita ha un' effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l' obbligazione. A prima vista sembra esser di gran peso l' opposizione, ma Toullier nel numero 545 dimostra, che sebbene vi sia la forza retroattiva, pure il debitore essendo considerato qual possessore di buona fede nella pendenza in cui si attende l' evenimento della condizione fa suo il lucro de' frutti. Ciò posto anche si rileva che ogni pericolo della cosa promessa è a carico del debitore stesso.

La obbligazione allora potrà essere eseguita, quando la condizione sarà verificata. Ora ciò posto il debitore è colui, il quale continua ad esserne il proprietario: siccome però il creditore è nella speranza di conseguirla, verificata la condizione, così dovea la legge pensare al modo come impedire al debitore di togliere questa speranza dal creditore: quindi si disse nell' articolo 1133 che il creditore potesse esercitare tutti i mezzi a poter conservare le sue ragioni. Ecco perchè nell' articolo 2132 è ordinato che sebbene l' obbligazione sia condizionata, pure può il creditore farsi stipulare per sua sicurezza un' ipoteca. Conchiude Toullier di unita a Po-

(1) Toullier *l. c.*

Digitized by Google

thier, che possa interrompersi la prescrizione mediante tali atti conservatorj. Se mai si dovesse devenire ad un' espropriazione forzata, il creditore prenderà il suo luogo nella graduazione de' creditori, ma non può ricevere la cosa promessa, se prima non si verifichi la condizione. Il creditore che lo siegue nella collocazione dovrà subentrare nel di lui luogo, dando però una cauzione di restituire l' esatto nel caso venisse a verificarsi la condizione.

Si è detto di sopra, che se mai nella pendenza della condizione la cosa venisse a perire, sarebbe la perdita tutta del creditore, il quale, essendosi verificata la condizione, è della cosa promessa divenuto proprietario. Quì anche però bisogna fare la distinzione se la perdita sia accaduta per colpa del debitore, o per caso fortuito: questa è la disposizione espressa compresa nell'articolo 1135.

Può accadere che le parti contraenti avessero creduto, che l'avvenimento ossia condizione colla quale contrassero non ancora erasi verificato, ma però nel fatto si trova che la modificazione, che intendevano dare alla loro obbligazione, erasi verificata, ragionevolmente nella terza parte dell'articolo 1134 è deciso che simile obbligazione avrà il suo effetto dal giorno in cui è stata contratta: eccone le stesse parole: *Quando è stata contratta l'obbligazione sotto una condizione sospensiva, la cosa che forma il soggetto della convenzione, rimane a rischio del debitore, che non si*

è obbligato di consegnarla, se non nel caso dell'evento della condizione.

Il codice prevede il caso in cui la cosa promessa venisse interamente a perire senza colpa del debitore, e dichiara essere in questa circostanza l' obbligazione *estinta* : Toullier fa vedere che siccome non era mai stata esistente alcuna obbligazione, perciò impropriamente dirsi quì *l' obbligazione estinta.*

Se poi la cosa non sia pienamente estinta, ma deteriorata senza colpa del debitore, il creditore ha la scelta o di sciogliere l' obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova senza diminuzione di prezzo. Se poi è detoriorata per colpa del debitore, il creditore ha il dritto o di sciogliere l' obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova insiem coi danni, ed interessi (1).

§. III.

Della condizione risolutiva.

Art. 1136. *La condizione risolutiva è quella, che verificandosi produce la rivocazione dell' obbligazione, e rimette le cose nel medesimo stato, come se l' obbligazione non si fosse contratta.*

Questa condizione non sospende l' esecuzione del-

---

(1) *Art.* 1135.

l' obbligazione. La condizione risolutiva non impedisce che il contratto sia puro nel suo principio: lo stesso è perfetto: dev' essere eseguito; poichè l' obbligazione, che produce non è sospesa, ma solamente è nello stato di poter essere risoluta. La proprietà, ed il possesso della cosa passano nella persona di colui, che l' acquistò sotto una condizione risolutoria. Non si badi che l' acquisto sia stato fatto in forza di un contratto, o in virtù di un testamento, in qualunque modo sempre continuano a risedere nella di lui persona, fino a che non si verifichi la condizione.

I frutti, che percepisce nella pendenza della condizione li fa suoi: la cosa corre a suo rischio, ancorchè non perisca per sua colpa: le alienazioni che fa, sono valide, salva la risoluzione nel caso si verificasse la condizione. Esso ha dritto non solo d' istituire le azioni possessorie, ma benanche la prescrizione sia di 30 anni, sia di dieci, o venti corre in suo favore contro de' terzi, ma non corre contro di colui, a favor del quale era apposta la condizione, nè corre contro gli eredi di questi, o aventi causa. Qui è d' avvertirsi che se mai sia fatto un legato con una condizione risolutiva, ed il legatario premuoja all' adempimento della condizione, il suo dritto si trasfonde negli eredi: il che però non si verifica nelle condizioni sospensive.

Nell' articolo che si sta spiegando è detto: *rimette*

le cose nel medesimo stato, come se l'obbligazione non si fosse contratta. Con queste parole s' intende che le cose si considereranno in modo come se mai fosse seguita l' obbligazione: la proprietà di pieno dritto ritorna nella persona del venditore, come se giammai dalle di lui mani fosse uscita: quindi rapporta Sirey (1) essersi deciso che colui che avea acquistato un fondo con tale condizione dovesse restituire i frutti percepiti, ed il venditore restituire il prezzo, e l' interesse del medesimo. Osserva però Toullier che ordinariamente gl' interessi del prezzo si compensano con i frutti percepiti.

Nel contratto formato colla condizione risolutoria, bisogna distinguere due specie di obbligazioni: le prime nascono dalla stessa legge del contratto, e sono attuali, pure, e semplici, ma risolutive; le altre sono eventuali, e sospensive, e dipendono dall' adempimento della condizione. Così in una vendita resolvibile le obbligazioni attuali, pure, e semplici sono per parte del venditore di consegnar la cosa, per parte del compratore di dare il prezzo. Le obbligazioni eventuali consistono per parte del compratore a restituir la cosa, ed i frutti, per parte del venditore a restituire il prezzo. Le prime obbligazioni restano sciolte colla verifica della condizione, ma le seconde non restano sciolte, anzi cominciano ad

(1) *Tom. X. 2. p. pag.* 553.

Digitized by Google

aver la loro esistenza dal momento in cui la condizione è verificata.

Art. 1137. *La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici, nel caso che una delle parti non sodisfaccia alla sua obbligazione.*

In tal caso il contratto non è sciolto ipso jure....

La risoluzione della convenzione dee dimandarsi giudizialmente....

Nell' articolo 1136 *si dà la definizione della condizione risolutiva, e dicesi esser quella, che verificandosi produce la rivocazione della obbligazione.*

Nell' articolo poi seguente si stabilisce una dottrina relativa solo ai contratti sinallagmatici, le di cui parole sono le seguenti: *la condizione risolutiva è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici, nel caso che una delle parti non sodifaccia alla sua obbligazione.* Nella seconda parte poi dello stesso articolo è detto. *In tal caso il contratto non è sciolto* ipso jure. Dal detto si vede proporsi quì una regola generale: indi la sua eccezione. La regola generale è quella, che formata l' obbligazione con una condizione risolutoria, questa produce colla sua verifica la rivocazione dell' obbligazione, la quale rivocazione accade *ipso jure*: la eccezione è contenuta quando la condizione risolutiva non è pattuita, ma è tacitamente sottintesa ne' contratti sinallagmatici.

Tali contratti non restano sciolti *ipso jure* dal che venghi a verificarsi la condizione. La risoluzione di-

tesi nell'ultima parte dell'articolo, non accade *ipso jure*, ma dee domandarsi giudizialmente, e può accordarsi al convenuto una dilazione. Di fatti nell'articolo 1502 si stabilisce, che se nella vendita di un'immobile siasi stipulato che non pagandosi il prezzo nel termine convenuto, la vendita resti sciolta *ipso jure*, pure il compratore può pagare dopo spirato il termine, finchè non sia stato costituito in mora con una intimazione. Sono questi patti comminatorii, de' quali se ne parlò nella *sezione seconda della obbligazione di dare*. È poi sciolto il contratto *ipso jure* quante volte si trattasse della vendita di derrate, e di cose mobili (1).

Dalle ridette dottrine conchiude Toullier esser bastantemente provato, che ravvicinandosi le disposizioni contenute negli articoli 1136, 1137, 1501, 1502, 1503 se ne ricavano delle conseguenze dalle quali bisogna stabilire il principio: che se la condizione risolutoria è espressamente convenuta produce lo scioglimento del contratto *ipso jure* senza alcun intervento del giudice, e senza doversi badare alla diversa natura delle condizioni, le quali o che sieno casuali, o potestative sempre *ipso jure* il contratto resterà sciolto, che se poi le condizioni risolutive siano tacitamente comprese, in tal caso il contratto non è sciolto *ipso jure*. *La parte*, continua l'articolo 1137, *verso cui non si è eseguita l'obbligazione*, *ha la scel-*

(1) *Art.* 1503.

Digitized by Google

ta o di costringere l'altra all'adempimento della convenzione quando ciò sia possibile, o di dimandare lo scioglimento insieme con i danni, ed interessi.

Sezione II.

Delle obbligazioni a termine.

SOMMARIO.

I. *Cosa è il termine: diverse specie del medesimo: differenza fra il termine, e la condizione.*

II. *S'intende apposto il termine a favore del debitore: può esser anche a favore del creditore: diversi effetti di tale dottrina.*

Art. 1138. *Il termine è diverso dalla condizione....*

Art. 1139. *Ciò che si deve a tempo....*

I. Il termine è uno spazio di tempo accordato al debitore per sodisfare la sua obbligazione. Il termine o è determinato, o indeterminato, o espresso, o tacito, di dritto, o di grazia. È determinato quando si fissa il giorno per il pagamento. Così *prometto di darti mille ne' principj del futuro anno.*

È indeterminato quando il giorno preso per termine è incerto. Ora questo giorno può in varie ma-

niere essere incerto, cioè è incerto, se arriverà la dilazione, o quando arriverà. Così *ti dono mille quando sarai ammogliato*: *quando sarai pubere*. Il primo caso porta una condizione piuttosto che un termine, il secondo può contenere o un vero termine, o una vera condizione. Così *ti prometto mille quando sarai pubere* è condizione: *ti prometto mille se Mevio giungerà all' età di* 25 *anni*, questo è un termine. *Respexit*, disse Giustiniano, *ad certa curricula vitae.*

Finalmente l'epoca in cui giungerà la dilazione potrà essere incerta, ma è certo però dover venire. Così *ti prometto mille quando Mevio morirà.* È incerto il momento in cui Mevio dovrà morire, ma è certo però che la morte seguirà.

Il termine espresso è quello che dalle parti si è convenuto. È tacito quando niuna parola siasi fatta nella convenzione, ma la natura istessa porta seco la dilazione. Così, *prometto di darti mille in Roma*, certamente che al debitore se gli deve dare, ossia accordare una dilazione necessaria per portarsi in quella città. Disse la legge romana *interdum stipulatio ex re ipsa dilationem capit* (1). Questo termine espresso, o tacito forma quello che chiamasi *termine di dritto*: quello poi di grazia si accorda dal principe, ed in taluni casi viene accordato dal magistrato, come è il caso dell' articolo 2118.

---

(1) *L.* 73. *de verb. obblig.*

Digitized by Google

Ogni obbligazione è pura o semplice, condizionata, o a termine. È pura o semplice allorchè non risulta dal contratto, che sia differita, e ciò o mediante una condizione, o un termine. Quella prende la sua origine nel momento stesso nel quale è stato perfezionato il contratto mediante il reciproco consenso delle parti, e la sua esecuzione può esser domandata per conseguenza dello stesso contratto, e senza alcuna dilazione.

L'obbligazione condizionale non prende la sua origine dal giorno del contratto, ma dal momento nel quale si verifichi la condizione. La obbligazione a termine prende la sua origine nello stesso momento in cui il contratto si perfeziona, ma la sua esecuzione non può aver luogo, se non sia scorsa quella dilazione, la quale vi è espressamente apposta o tacitamente intesa per fare seguire il pagamento. Nasce dunque immediatamente il dritto contro del debitore, ma è sospeso l'esercizio dell'azione, la quale non è esperibile, se scorsa non sia l'accordata dilazione, meno che non si verifichi il caso dell'articolo 1141 di cui si parlerà in appresso. Giustamente nell'articolo 1138 è detto: il *termine* è diverso dalla condizione, in quanto non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione; nell'articolo poi 1139 si spiega non potersi agire contro il debitore, se prima non giunga il termine, *ciocchè si deve a tempo determinato non può esigersi*

prima della scadenza del termine. Siccome però l'azione non nasce allo spirar del termine accordato, ma bensì nel momento in cui si perfeziona il contratto: *dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur*, scrisse Ulpiano (1), perciò nello stesso articolo si stabilisce che se mai il debitore abbia pagato prima di terminarsi la dilazione, non potrà pentirsi del suo fatto, e colla condiczion dell' indebito ripetere ciocchè pagò, giacchè egli era realmente debitore: *ma non può ripetersi*, sono parole dell' articolo, *ciocchè si è pagato anticipatamente*.

Da questa dottrina si vede quanto sia diversa l'obbligazione a termine da quella della condizione. Quindi si disse di sopra che colui il quale ha promesso sotto una condizione non è debitore, finchè la condizione non siasi verificata, dal che ne siegue che se paga per errore pria della verifica della condizione, può ripetere, come indebito ciocchè ha pagato.

Art. 1140. *Il termine si presume sempre stipulato a favore del debitore quando non risulti dalla stipulazione, o dalle circostanze che siasi convenuto egualmente a favore del creditore.*

Art. 1141. *Il debitore non può più reclamare il beneficio del termine....*

II. Se il termine si presume stipulato a favor del debitore ne viene in conseguenza, che il debitore non

(1) *L.* 41. §. 1. *de verb. obblig.*

Digitized by Google

possa essere costretto a fare il pagamento prima del termine, per cui essendo massima di legge, che ognuno possa rinunciare a quel beneficio che la legge gli accorda, il creditore non può rifiutarsi di ricevere ciocchè dovea conseguire (1). Se però il termine fosse stipulato a favore del creditore, il che però deve risultare dalla stipulazione, o da altre circostanze apposte nel contratto, in questo caso il creditore potrà rifiutarsi dal ricevere il pagamento. Questo risultamento apparisce o espressamente, o tacitamente. Così nel codice di commercio è stabilito che il trattario prima della scadenza della cambiale non possa costringere il possessore della medesima a riceversi il denaro (2). Così se io compro de' bovi a patto che mi debbono essere consegnati nella primavera, il venditore non potrà costringermi a riceverli nell' inverno: dalle circostanze del contratto apparisce che intanto si pattuì doversi dare i bovi nella primavera al compratore, in quanto che volea esimersi dal peso di mantenerli nella durata dell' inverno.

Nell' articolo 1141 si stabilisce di non potersi il debitore giovare del termine quante volte siasi *reso decotto*, o *quando per fatto proprio abbia diminuito le cautele, che avea date col contratto al suo creditore.* Dalle parole dell' articolo, *per fatto proprio*, si vie-

---

(1) *L.* 17. *de reg. jur.*

(2) *Art.* 145. *Cod. di comm.*

ne in cognizione che se la deminuzione del patrimonio del debitore non sia avvenuta per fatto a se imputabile, ma per effetto di una disgrazia, il creditore non potrà molestare il suo debitore prima della dilazione. Ma se in luogo di restar diminuita la sicurezza, che il debitore presentava al suo creditore, quella restasse interamente annientata, come accade quando si è *reso decotto*, in questo caso il creditore potrà benissimo convenire il suo debitore prima del termine. Il creditore sperimenta le sue ragioni per conseguire quello che se gli deve, se però conoscesse che il suo debitore cominciasse a diminuire il suo patrimonio: potrebbe fare degli atti conservatorj per assicurare l'esercizio della sua azione, tanto sopra i beni mobili, che immobili del suo debitore.

Sezione III.

Delle obbligazioni alternative.

SOMMARIO.

I. *Quale è la obbligazione congiuntiva, ed in che differisce dalla disjuntiva o alternativa.*

II. *Che dirsi se una delle cose promesse perisse: se la perdita sia a danno del debitore, o creditore.*

Art. 1142. *Chi ha contratta un' obbligazione alternativa....*

Digitized by Google

Art. 1143. *La scelta appartiene al debitore....*

Art. 1144. *Il debitore può liberarsi consegnando una delle due cose promesse....*

I. L' obbligazione *alternativa* così chiamata dai canonisti, detta *disjuntiva* dai romani, è *quella* con cui uno si obbliga a dare più cose, beninteso che il pagamento di una basterà ad estinguere tutto il debito. Così *ti prometto il mio cavallo, o il fondo Tusculano.* Da questa definizione apparisce la differenza che passa tra l' obbligazione *congiuntiva*, e l' alternativa.

Quando più cose sono state promesse congiuntivamente, in questo caso non si verifica che *il pagamento di una* estinguerà l' obbligazione, ma siccome *tot sunt stipulationes, quot res* (1) così ogni stipula dev' essere adempita: Sono tanti debiti, quante sono le cose dedotte nella stipula. Così *ti prometto il fondo Sabiniano; dieci mila docati, ed il mio cavallo, che ho in Roma.* Tutte tre formano oggetto della mia obbligazione, ma io non posso essere costretto a darle tutte tre nel medesimo giorno, poichè vi è una tacita obbligazione a termine per la prestazione del cavallo; mentre mi si deve accordare tanta dilazione, quanta è necessaria per giungere fino

(1) *L. 29. de V. O.*

a Roma. Posso io però presentare al mio creditore il pagamento del fondo Tusculano, la prestazione de' dieci mila docati, nè il creditore può negarsi a ricevere l' adempimento delle due prime mie obbligazioni sotto pretesto di volere nello stesso tempo la prestazione del cavallo, e che non sia in libertà del debitore dividere l'obbligazione: quì non è applicabile l'articolo 1197, nel quale è detto che *il debitore non possa forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè divisibile*. Nella obbligazione congiuntiva si è detto che *tot sunt stipulationes, quot sunt res*.

Acciocchè però una tale dottrina, cioè che tanti sono i debiti, quante sono le cose comprese nella obbligazione possa essere applicabile, si ricerca che le cose comprese nella obbligazione siano enumerate, giacchè se collettivamente, ossia *in massa*, siano promesse, allora una è l' obbligazione. Così se in luogo di dire, *ti prometto il cavallo, il bove, l' asino* si dicesse *ti prometto tutti i miei bestiami*, in questo caso una è l' obbligazione, e non più.

Allorchè disjuntivamente più cose siano state promesse, il debitore una sola obbligazione contrae, cioè di dare una delle cose promesse, e non già tutte le altre. Quindi nell' articolo 1142 è stabilito che colui *che ha contratta una obbligazione* alternativa, se ne libera col consegnare una delle due cose comprese nella obbligazione. Siccome però è ordinato

Digitized by Google

nell'articolo 1115 che nel dubbio la convenzione s'interpetra contro colui che ha stipulato, ed a favore di quello, che ha contratta l'obbligazione, perciò nell'articolo 1143, dicesi che *la scelta appartiene al debitore, se non è stata espressamente accordata al creditore.*

Ma siccome il debitore ha il dritto di dare delle due cose promesse quella che più gli piace, così però gli è proibito di *astringere il creditore a ricevere parte dell' una, e parte dell' altra.* Di fatti se ciò potesse farsi dal debitore, restarebbe violata la legge del contratto, col quale il debitore si è obbligato di consegnare *una delle due cose promesse*, e non già una parte dell'una, e dell'altra. Se poi la scelta sia del creditore, neppure questo potrà delle due cose promésse pretendere porzione dell' una, e porzione dell' altra (1).

Il dritto della scelta, che ha luogo nelle obbligazioni alternative è trasmisibile negli eredi, quante volte mentre vivea il debitore tale scelta non ebbe luogo. È questa la disposizione dell' articolo 1076 nel quale si piantò per principio doversi *presumere che ciascuno abbia stipulato per se, per i suoi eredi, o per quelli che hanno causa da lui.* Lo stesso dritto dimostra Vinnio nel comentario delle instituzioni (2)

(1) *L.* 8. §. 1. *de legat.* 1.
(2) §. 24. *de legat. num.* 4.

competere agli eredi del creditore, non ostante che da altri sia questa dottrina controvertita (1).

La scelta del debitore, o quella del creditore quante volte gli appartenga determina l'obbligazione alla cosa, la quale da' medesimi è stata scelta: l' obbligazione cessa di essere alternativa, se essa è in appresso determinata, nè è più in libertà dell' uno, e dell'altro di variare senza una legittima causa. Quindi se mai si finga che tra molti cavalli promessi dal debitore, abbia egli scelto quello ch' avea un vizio occulto, percui potesse far uso dell' azione redibitoria della quale si parla nel codice dall'articolo 1487 fino all' articolo 1495, concorrendo qui una legittima causa, cioè quella del vizio occulto, potrà colui che scelse, variare.

Art. 1145. *L'obbligazione alternativa diviene pura, e semplice se una delle due cose promesse non potea essere il soggetto dell' obbligazione.*

Art. 1146. *L' obbligazione alternativa diviene pura, e semplice se una delle due cose promesse perisce, e non può più essere consegnata, quando anche ciò accada per colpa del debitore. Il prezzo di questa cosa non può essere offerto in suo luogo.*

Se ambedue le cose sono perite, ed il debitore sia in colpa riguardo ad una di esse, egli dee pagare il prezzo di quella che fu l' ultima a perire.

---

(1) Erzio *dissertatione de electione ex conditione alternativa. Sect.* 4. §. 1.

Art. 1147. *Quando ne' casi preveduti nel precedente articolo la scelta è stata accordata nella convenzione al creditore, o una soltanto....*

II. Si è osservato, che nella obbligazione alternativa la scelta della prestazione di una delle due o più cose promesse è nella facoltà ordinariamente del debitore. Il creditore non può pretender una cosa determinata, ma deve decidere il debitore quale voglia dare, ma potrebbe accadere, che delle due cose promesse una non potesse formare oggetto di obbligazione: così se avesse promesse due cose, delle quali una era già nel dominio del creditore, siccome non si può far cadere nella stipula la cosa propria del creditore, essendo vero l' assioma, *quod nostrum est amplius nostrum fieri nequit*; in questo caso cessa di esser alternativa l' obbligazione, ma diverrà pura: lo stesso si dirà se delle due cose promesse, il creditore ne avesse acquistato una a titolo lucrativo.

Si avverta però, che la obbligazione, che non può sussistere a riguardo della cosa di cui è divenuto proprietario, sussiste a riguardo delle altre (1). La presente dottrina è chiaramente spiegata nell' articolo 1145: *L' obbligazione alternativa diviene pura e semplice, se una delle due cose promesse non poteva esser il soggetto dell' obbligazione.* L' obbligazione intanto è detta *alternativa* in quanto che è nella

(1) *L.* 16. *de V. O.*

facoltà o del debitore o del creditore scegliere quale delle promesse cose, più gli convenghi conseguire. Ora al dire di Toullier, quando accada, che una delle due cose promesse, perisca, sull' altra che resta, il dominio è passato in forza della obbligazione nelle mani del creditore; quindi quando si sono promesse due cose certe e determinate, essendo incerto quale delle due debba esser del creditore, peritane una, è certa e determinata la cosa dedotta nella stipula; perciò nell' art. 1146 è sanzionato, che *l' obbligazione alternativa diviene pura e semplice, se una delle due cose perisce, e non può esser consegnata, quando anche ciò accadesse per colpa del debitore.*

Questa dottrina è anche applicabile alle cose determinate chiamate dai dottori *obbligationes generis* come è detto nell'articolo 1083: *L' obbligazione debb' avere per oggetto una cosa determinata almeno riguardo alla sua specie.* L'oggetto di tali obbligazioni resta in sospeso, e non potrà esser determinato, che dalla scelta del debitore o del creditore, ciò non può accadere se non mediante la scelta che se ne farà da colui a cui è dato tale dritto, ma quando una delle due cose promesse perisca, su quella che è restata in forza dell' obbligazione si è acquistato il dominio. Fino a questo momento se una delle due cose perisce, quella perisce a conto del debitore, non già perchè questo di tutte n' era debitore, come sostiene Pothier, ma precisamente, dacchè la cosa pe-

Digitized by Google

rita, non è quella, che gli era dovuta, essendone di quella il debitore restato proprietario. Resta per punto fisso, che l' obbligazione resta estinta per la perdita della cosa, solamente nel caso una cosa sola determinata è dedotta nell' obbligazione; così è sanzionato nell'articolo 1255. Siccome era nella libertà del debitore delle due cose promesse dare quella che più piacevagli, perciò aveva di una delle due cose la facoltà di far ciocchè volesse, ne siegue, che non sarà imputabile la perdita al debitore: essendo *quisque rei suae moderator, et arbiter* o *quisque de re sua utitur atque abutitur*, quindi giustamente nello stesso articolo 1146 si dice: *Il prezzo di questa cosa non può esser offerto in suo luogo*. Ora se è principio legale, che colla perdita di una delle due cose, l' obbligazione diviene pura e semplice, ed il debitore è costretto a prestare l' altra cosa superstite, non essendo nella libertà del debitore *aliud pro alio dare* ne siegue, non esser in sua libertà darne il prezzo. Dalla ridetta dottrina anche se ne ricava, che perite ambedue le cose, anche per colpa del debitore, questo dovrà dare al creditore il prezzo della cosa, che fu l' ultima a perire. Ecco le parole della seconda parte dell' articolo: *Se ambedue le cose son perite, ed il debitore sia in colpa riguardo ad una di esse, egli deve pagare il prezzo di quella, che fu l' ultima a perire*.

Art. 1147. *Quando ne' casi preveduti nel prece-*

dente articolo la scelta era stata accordata nella convenzione al creditore....

Nell' articolo 1147 si rapportano le disposizioni relative alla perdita della cosa, allora quando la scelta non appartiene al debitore, ma al creditore. L'articolo prevede il caso in cui una sola cosa sia perita, quando ambedue, ed allorchè la perdita sia stata effetto di una disgrazia, o della colpa del debitore. Se una soltanto delle cose è perita, e se ciò sia accaduto senza colpa del debitore, il creditore deve riceversi quella, che resta. Se poi il debitore è in colpa, il creditore può chiedere la cosa rimasta, o il prezzo della cosa *perita. Che se poi ambedue le cose sono perite, ed allora se il debitore è in colpa relativamente ad ambedue, od anche ad una sola, il creditore può domandare il prezzo dell'una, o dell' altra a sua elezione.*

Art. 1148. *Se le due cose sono perite senza colpa del debitore, e prima ch' egli fosse in mora, l' obbligazione è estinta in conformità dell' articolo* 1256.

Art. 1149. *Gli stessi principj si applicano ai casi, ne' quali più di due cose sono comprese nell' obbligazione alternativa.*

Digitized by Google

SEZIONE IV.

Delle obbligazioni solidali.

SOMMARIO.

I. *Fondamento sul quale poggia la solidale obbligazione. Per quale cagione in tale obbligazione pagando uno debitore, l' altro resta assoluto, e poi remettendo il debito un creditore ad uno degli obbligati, gli altri debitori non sono liberati.*

II. *Possono esser più debitori solidali obbligati in diverse maniere; per quale ragione la solidalità non si presume: quali sono i dritti de' creditori solidali: come avendo un creditore sperimentata la sua ragione contro di un debitore solidale, s' intenda sperimentata contro di tutti: quali sono i doveri, ed i dritti dei debitori solidali.*

III. *Avendo riscosso tutto il credito, uno solo de' creditori, gli altri hanno dritto della loro rata: avendo pagato un debitore solidale l' intero, egli può agire contro degli altri per esser rimborsato della loro rata.*

I. Nella sezione precedente si sono esposte le obbligazioni nelle quali vi sono più cose comprese, sia in una maniera congiuntiva, o disgiuntiva, cioè alternativa. In questa sezione si tratta delle obbliga-

zioni nelle quali figurano più persone, sia nella qualità di creditrici, sia in quella di debitrici. Si disse nell' articolo 1055, che il contratto era una convenzione colla quale due o più persone restavano obbligate. Possono queste esser obbligate in una maniera congiuntiva o disjuntiva. Sono disjuntivamente obbligate, quando le persone, che stipulano, o che promettono sono insieme unite nel contratto da una parola disgiuntiva. Saranno obbligate congiuntivamente, allorchè siano unite mediante una particella congiuntiva. L'effetto di tali obbligazioni dipende dalla volontà delle parti contraenti, purchè la cosa dedotta nel contratto non fosse una cosa di natura indivisibile. Così io prometto a due persone, o a più con una disjuntiva nel modo seguente: *Prometto o a Tizio, o a Cajo dieci mila docati.* Dalla redazione di questa obbligazione si vede, che l'obbligato ha riserbato a se di dare la convenuta somma ad una delle due persone, restando dissobbligato di dare all'altro quando avrà pagato ad uno. Simili obbligazioni non trovano luogo nelle convenzioni, ma solo negli atti di ultima volontà. Si può osservare il dippiù presso di Toullier, che con profondità diffusamente dà la ragione di tale disposizione. Non ostante però tale osservazione, cioè di aver luogo tale promessa ne' soli atti di ultima volontà, pure lo stesso Toullier (1) rapporta degli esem-

(1) *Num.* 708.

Digitized by Google

pj de' contratti ne' quali una cosa si è a due o più persone promessa mediante una particella disjuntiva. Così *darai a me o a Cajo dieci mila docati*. In questo caso Cajo *adjectus est solutionis caussa*. Si considera qual mio mandatario. Le obbligazioni, che si fanno in simile modo sono dallo stesso Toullier dette *bizzarre e rare*. Lasciamo tale bizzarria, e vediamo la dottrina di quelle obbligazioni nelle quali si promette una o più cose a più persone o più persone una cosa medesima promettono ad un'altra. Quando una stessa cosa è promessa da Tizio a più persone; queste sono creditrici *in solidum* cioè ciascuna di tali persone può *solidam summam* domandare, ed avendo Tizio ad una pagato, resta estinta l'obbligazione, che avea coll' altra contratta. Questo è il caso in cui vi sono più *creditori solidali*: se poi ad una persona la stessa cosa è stata da più persone promessa, è allora il caso di debitori solidali. A fare dunque i conti si vede, che: *la solidalità tra i creditori di una medesima cosa, altro non è che il dritto, che ha ciascuno di essi di farsi pagare nella totalità*. Quella, che ha luogo tra più debitori *è l'obbligazione imposta a ciascuno di essi di pagar solo per tutti la somma, che debbono in comune*.

Ma quando avrà luogo tale solidità?

Art. 1150. *L'obbligazione è solidale tra più creditori quando il titolo espressamente attribuisce a ciascuno di essi il dritto di chiedere il pagamento del-*

l' intero credito ; ed il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore , ancorchè l' utile della obbligazione si possa dividere e ripartire tra i diversi creditori, e nell' articolo 1153 parlandosi della sodalità de' debitori è detto: *L' obbligazione è solidale per parte de' debitori , quando essi sono obbligati ad una medesima cosa ; in maniera che ciascuno possa essere astretto per l' intero , e che il pagamento eseguito da uno solo , liberi gli altri verso il creditore.*

Se si rifletta seriamente a quanto è compreso in questi due articoli si conoscerà facilmente , esser ivi contenuta una eccezione alla regola generale , cioè: Quando più individui promettono una cosa a più persone, una sola di queste non può profittarne a danno dell' altro concreditore, nè una sola persona debitrice può esser obbligata alla totale prestazione della cosa. I debitori , che promisero sono tenuti *pro rata* : i creditori potranno anche la loro respettiva rata solamente domandare. Ma ciò fu fatto per utile de' creditori , e debitori , ma quando a tale beneficio rinunciano espressamente , allora essendo tutti obbligati alla totale prestazione della cosa , essendo questa non in porzione promessa a più creditori ; ma nella totalità a ciascuno de' medesimi si verifica il disposto degli due citati articoli , cioè un solo creditore può il tutto esigere , *ed il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore , ancorchè l' utile della obbligazione si possa dividere , e ripartire tra i diversi*

Digitized by Google

creditori. Viene per parte de' debitori a verificarsi quanto è detto nell' articolo 1153, cioè *che ciascun de' debitori possa esser astretto per l' intero, e che il pagamento eseguito da un solo liberi gli altri verso il creditore.*

Art. 1151. *Il debitore ha la scelta di pagare o all' uno o all' altro de' creditori solidali, quando non sia stato prevenuto da uno di essi con giudiziale domanda. Ciò nondimeno la remissione del debito fatta da un solo de' creditori solidali non libera il debitore, se non per la porzione di tal creditore.*

Art. 1152. *Qualunque atto che interrompe la prescrizione relativamente ad uno de' creditori solidali giova egualmente agli altri creditori.*

Quali siano le ragioni per le quali possa un debitore solidale pagare all' uno o all' altro de' creditori solidali, e quale sia il motivo per il quale un' atto di interrompimento fatto nella persona di uno de' creditori solidali abbia a giovare all' altro creditore, si esporrà negli articoli 1156, 1157. Quì si spiegherà solamente la seconda parte dell' articolo 1151 relativa alla remissione del debito fatta da un solo creditore ad uno de' debitori solidali, e quale sia la ragione per la quale tale remissione per nuovo dritto non libera il debitore nella totale sua obbligazione, ma solo in quella rata, che sarebbe spettata al creditore, che fece la remissione.

Il contenuto in questa parte dell' articolo è oppo-

sto a quanto fu detto da Giavoleno (1). *Cum duo eamdem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt: ipso jure et singuli in solidum debentur, et singuli debent, ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio.* Nella stessa legislazione era sanzionato, che avendo il creditore esatto il totale da uno o da tutti i debitori solidali, l'altro concreditore non poteva domandare la sua rata, e così nella stessa maniera avendo pagato l'intero uno de' debitori, non poteva ripetere dall'altro condebitore la sua rata. Uno era considerato esser il debito, uno il credito, e perciò la solidalità dal lato de' creditori consisteva in ciò che l'obbligazione di una cosa stessa, contratta verso più persone, è contratta verso ciascuno di esse pel totale, e come se ciascuna ne fosse il solo creditore, in modo però che il pagamento fatto ad uno libera il debitore verso tutte le altre persone. Egualmente la solidarietà dal lato del debitore consisteva in ciò, che l'obbligazione d'una medesima cosa è contratta da ciascuno pel totale, e come se ciascuno ne fosse il solo debitore, in modo però che il pagamento fatto da uno di essi liberi tutti gli altri. Se poi si prenda seriamente a riflettere a quanto si è detto, che *acceptilatione unius tollitur obligatio*, si vedrà esservi ascoso il seme della mala fede. Quì si deve avvertire, che ne' contratti si deve seguire la

(1) *L. 2. de duob. reis constituendis.*

Digitized by Google

presunta intenzione delle parti: ciascun creditore solidario ha dritto di eseguire il contratto; ma la remissione non dà l' idea della esecuzione del contratto; un contratto d' *interesse* si vuole valutare qual contratto di *beneficenza*: questo è un atto di liberalità, personale a colui, che lo esercita: ora non può esercitare atti di beneficenza, se non in ciocchè gli appartiene: se è benefico verso il debitore, non deve esser malefico, cioè pernicioso verso de' suoi concreditori: senza una tale remissione totale avrebbero gli altri concreditori avuta un' azione contro del debitore: allora una volontà è generosa, quando non arreca danno ad altri, ed ogni sospetto di frode si allontani dall' atto, che viene mascherato come di beneficenza. Giustamente quindi si è detto: che *la remissione del debito fatta da un solo de' creditori solidali non libera il debitore, se non per la porzione di tal credito* (1).

§. II.

Della solidità fra i debitori.

Art. 1153. *L' obbligazione è solidale per parte de' debitori, quando essi sono obbligati ad una medesima cosa; in maniera che ciascuno possa essere astretto per l' intero, e che il pagamento eseguito da uno solo liberi gli altri verso il creditore.*

---

(1) Busquet *art.* 1199.

Art. 1154. *L'obbligazione può esser solidale, ancorchè uno de' debitori....*

Art. 1155. *La solidalità non si presume....*

Questa regola non cessa....

II. Nell' articolo 1153 dicesi: *quando essi sono obbligati ad una medesima cosa.*

Nel dritto romano è detto che se avessero la medesima cosa promesssa, ma in tempo diverso, non esser debitori solidali. Ecco le parole di Venulejo: *Si ex duobus qui promissuri sunt, hodie alter, alter postera die responderit, (prolutus) non esse duos reos, ac ne obligatum quidem intelligi eum qui postera die responderit: cum actor ad alia negotia discesserit, vel promissor licet peractis illis rebus responderit* (1). Dice quì Toullier, accadendo una obbligazione in epoche diverse, si ha una obbligazione solidale imperfetta. Dalla ridetta dottrina si deve conchiudere che la obbligazione di colui che nell'indomani contrattò una obbligazione solidaria con più persone, e si unisce a questa obbligazione senza ordine del principale obbligato con fidejussione solidaria, non si stabilisce tra esso, e lui una obbliganza solidale perfetta: le azioni istituite contro di lui non interrompono la prescrizione a riguardo agli altri obbligati, che niuna obbligazione contrattarono verso lo stesso. Sebbene nell'articolo 1893 dicesi, che resti solidalmente obbligato il fidejussore col debitore, e *che in questo caso l'effetto della sua*

(1) *L. 12. de duob. reis constit.*

Digitized by Google

obbligazione si regola cogli stessi principj stabiliti riguardo a debiti solidali; pure quest' articolo non deroga a quanto si è osservato in conformità della legge romana, dacchè, come dice Toullier (1) si parla di un fidejussore che si obbliga col debitore principale *nel medesimo tempo*, *e nel medesimo atto* e non di quello, che qual fidejussore è obbligato, come cauzione solidaria senza ordine de' principali obbligati. Il creditore può senza dubbio esigere dallo stesso la totalità del suo credito, ma le azioni istituite contro lo stesso non interrompono le prescrizioni.

L' obbligazione può essere solidale, sebbene uno de' debitori sia obbligato in un modo differente dall' altro relativamente al pagamento della cosa; così potrebbe esser che uno de' debitori fosse obbligato con condizione, l' altro puramente, ed un terzo a termine. In questo caso l' obbligazione relativamente alla cosa da prestarsi è una. Scrisse Florentino (2): *ex duobus reis promittendi alius in diem, vel sub conditione obligari potest, nec enim impedimento erit dies, vel conditio, quominus ab eo qui pure obligatus est, petatur.* Uniforme a tale teoria è quella contenuta nell' articolo 1154, eccone le parole: *L' obbligazione può esser solidale, ancorchè uno de' debitori sia obbligato in modo diverso dall' altro al pa-*

(1) *Num.* 723.

(2) *L.* 7. *de duob. reis.*

gamento della medesima cosa: *per esempio*, *se l' uno è obbligato condizionatamente mentre l' obbligazione dell' altro è pura e semplice*; *ovvero*, *se l' uno abbia preso un termine a pagare*, *che non è accordato al- l' altro*. Difatti l' obbligazione solidale contiene tanti legami quante sono le persone che contrattarono; essendo quindi tali persone differenti, i legami coi quali sono obbligati possono esser ancora differenti; cioè aver delle diverse qualità.

Nell' articolo 1155 è proposta la seguente dottrina: *La solidalità non si presume*, *ma debbe esser stipulata*. Di sopra si piantò una regola generale, cioè: quando più persone concorrono a promettere una qualche somma, non sono le medesime tenute alla totalità della cosa, ma *pro rata*, menocchè a tale privilegio che loro riguarda, non avessero rinunciato, obbligandosi alla totalità del debito. Ora siccome non deve mai presumersi aver una persona rinunciata ad un dritto, che gli compete, giustamente si pianta quì per massima, che *la sodalità non si presume*. Col dirsi però nell' articolo: *ma debbe esser stipulata*, da ciò non deve ricavarsi, che si debbano necessariamente adoprare i termini *sagramentali di debitore solidale*, o *solidalità*, possono tali parole esser supplite da termini *equipollenti*, basterà, che le parole delle quali si sono serviti esprimono senza equivoco la volontà dei contraenti o del testatore. Così se si dica: *Sono obbligati l' uno per l' altro*: *uno solo per*

Digitized by Google

tutti : *ciascuno pel tutto*. Saranno debitori solidali : Lo stesso dovrebbe dirsi se si dicesse : *Si sono obbligati congiuntivamente* , vale al dire di Toullier (1) una tale espressione , come se si fosse detto *solidariamente*. Siccome però alcune volte la solidalità è figlia della legge ; così lo stesso articolo soggiunge : *Questa regola non cessa*, *fuorchè ne' casi ne' quali la solidalità ha luogo* ipso jure *per disposizione di legge.*

Art. 1156. *Il creditore di una obbligazione solidale....*

Art. 1157. *Le istanze giudiziali fatte contro uno de' debitori....*

Art. 1158. *Se la cosa dovuta è perita per colpa o durante la mora....*

Il creditore può ripetere....

Art. 1159. *Le domande giudiziali contra uno de' debitori solidali....*

Art. 1160. *La domanda degl' interessi proposta....*

Nel darsi di sopra la definizione della solidale obbligazione si disse , che sebbene la cosa fosse promessa da più persone , pure una essendo la cosa , uno il contratto , tutti i debitori potevano da ciascuno de' creditori esser convenuti. Giustiniano nel sanzionare tale dottrina disse aver ciò fatto : *nobis pietate suggerente* , *videtur esse humanum* , *semel in uno eodemque contractu qualicumque interruptione* ,

(1) *Num.* 721.

vel agnitione adhibita, omnes simul compelli ad persolvendum debitum. Difatti allorchè più debitori si obbligano in uno e medesimo contratto, in uno, e medesimo debito, si mettono dice Toullier (1) per questa cosa in una società per ciocchè riguarda tale debito, s'incaricano reciprocamente di un tacito mandato, ma reale, di pagare l'uno per l'altro, o come è detto nell'articolo 1169 sono considerati come tante cauzioni. Quello dunque che tra i debitori paga solo per tutti gli altri, agisce tanto per se, che per ciascuno de' debitori per i quali ha pagato. Se solo riconosce il debito, quello lo riconosce egualmente tanto in suo nome, che in nome de' suoi condebitori in virtù del tacito mandato; finalmente convenendo il creditore uno solo de' debitori agisce contro il mandatario di tutti, contro la loro cauzione. Secondo la fissata dottrina di Toullier relativa al tacito reciproco mandato, facilmente si viene alla spiega di quanto è disposto in questi descritti articoli. Ecco perchè dicesi nell' articolo 1156. *Il creditore di una obbligazione solidale può rivolgersi contro quello de' debitori, che gli piaccia di scegliere, senza che il debitore possa opporgli il beneficio della divisione.* Più nell' art. 1157 è detto: *Le istanze giudiziali fatte contro di uno de' debitori non tolgono al creditore il dritto di farne delle simili contro gli altri.*

---

(1) *Num.* 729.

Per conseguenza dello stesso principio ne viene, la disposizione dell' articolo 1158: *Se la cosa dovuta sia perita per colpa, o durante la mora di uno o più debitori solidarj, gli altri debitori non vengono discaricati dall' obbligo di pagarne il prezzo.* Si deve però avvertire alle ultime parole dell' articolo: *ma questi non sono tenuti a' danni ed agl' interessi.*

Qui si potrebbe opporre quanto si dice nell' articolo 1256, cioè restare estinta la obbligazione quando una cosa certa e determinata, che forma l' oggetto della obbligazione venghi a perire: ora essendo perita la cosa dedotta nella stipola solidale senza la mora o colpa dell' altro debitore solidale, come potersi questo condannare a dare il prezzo della cosa estinta non per sua colpa? La risposta, che dà Toullier a questa obbijezione si è la seguente, cioè che sebbene la cosa non sia perita per sua colpa, è però la cosa perita per colpa dell' associato o mandatario, *il di cui fatto deve esserli imputato.* Scrisse Pomponio (1): *ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Siccome però la solidalità non si presume, così non può estendersi da un caso all' altro, e perciò i debitori solidali, che non sono nè in mora nè in colpa non sono tenuti ai danni ed interessi risultanti dalla perdita della cosa; poichè, se la colpa de' loro associati, o mandatarj non ha

---

(1) *L.* 18. *de duob. reis.*

potuto dissobbligarlo; così lo stesso non ha potuto estendere la solidale obbligazione accrescendola de' danni ed interessi, ai quali non è restato obbligato. Il creditore perciò potrà solamente ripetere i danni ed interessi da coloro, che furono in colpa o in mora, e non già dagli altri. Per queste ragioni nell' articolo 1158 è detto: *Ma questi non sono tenuti ai danni ed interessi*, e nell' ultima parte dello stesso articolo si conchiude: *Il creditore può ripetere soltanto i danni ed interessi tanto da' debitori per colpa de' quali la cosa è perita, quanto da coloro che erano in mora.* Dalla ridetta dottrina è derivata la disposizione compresa nell' articolo 1159 che dice: *Le domande giudiziali contro uno de' debitori solidali interrompono la prescrizione per tutti.* Difatti il creditore che interrompe la prescrizione a riguardo di uno de' condebitori, conserva il suo dritto non solamente alla totalità del suo credito, ma conserva benanche la solidalità. Egli non è tenuto a fare degli atti conservatorj per riguardo agli altri condebitori: avendone convenuto uno solo, ha usato del suo dritto contro tutti, niuno de' debitori può avvalersi della prescrizione. Nella stessa maniera è sanzionato nell'articolo 1160, cioè che *la domanda degli interessi proposta contro uno de' debitori solidali fa correre gl' interessi per tutti.*

Art. 1161. *Il condebitore solidale convenuto dal creditore può opporre tutte le eccezioni che risultano*

Digitized by Google

dalla natura della obbligazione, tutte quelle che sono a lui personali, e quelle pure che sono comuni a tutti gli altri condebitori.

Non può opporre l'eccezioni che sono puramente personali ad alcuno degli altri condebitori.

Art. 1162. *Quando uno de' debitori divenga erede unico....*

III. Il codice parlando delle eccezioni, che sono tanti mezzi come escludere le azioni dell'attore, fa talune osservazioni relative alla diversa natura delle medesime. Dice in primo luogo, che convenuto un debitore solidale, se mai il contratto fosse radicalmente nullo per effetto di violenza, di timore, o per esser contrario al buon costume, alle leggi, questa eccezione si può opporre al creditore da chiunque de'debitori solidali. Può opporre le eccezioni, che a lui specialmente competessero, come se fosse un minore, una donna maritata. Non è però autorizzato a proporre delle eccezioni, che non sono comuni a tutti i debitori solidali, ma proprie di qualcheduno. Così nell'articolo 1162 è detto: *quando uno de' debitori divenga erede unico del creditore, o quando il creditore divenga l'unico erede di uno de' debitori, la confusione non estingue il credito solidale, se non per la quota e porzione del debitore o del creditore.* La confusione disse la legge romana: *magis personam debitoris eximit ab obligatione, quam extinguit obligationem.* La stessa dottrina è rapportata nell'arti-

colo 1248 parlandosi di colui a cui si concede il poter opporre la compensazione, eccone le parole: *Il debitore solidale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore dee al suo condebitore.*

Art. 1163. *Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno de' condebitori....*

Art. 1164. *Il creditore, che riceve divisa la parte di uno de' debitori....*

Non si presume che il creditore abbia liberato dalla solidalità....

Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta....

Art. 1165. *Il creditore, che riceve divisa e senza riserva da uno de' condebitori....*

Siccome nell' articolo 1155 si disse, che la solidalità non si presume, ma debba esser stipulata; così per la dilucidazione degli articoli indicati, si deve proporre un altro principio, ed è il seguente. Il creditore che ha a suo favore una solidale obbligazione è di miglior condizione di quel creditore, che tiene più creditori semplicemente obbligati. Ora se non si deve presumere essersi i debitori solidalmente obbligati, così non si deve presumere che un debitore abbia rinunciato a quel solidale dritto, che gli spettava. In seguito di questa riflessione, è stato scritto nell' articolo 1163 che: *Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno de' condebitori solidali, conserva l' azione solidale contro degli altri, dedotta però la porzione del debitore che egli*

Pactum tacitum divisionis uni ex debitoribus in solidum obligatis factum, ceteris etiam absentibus, et ignorantibus prodest. Bartolo l. 18. C. de pactis 2.3.

Digitized by Google

ha liberato dal solido. Più, nell'articolo 1164 per la stessa ragione è sanzionato; che *il creditore che riceve divisa la parte di uno de' debitori senza riservarsi nella quietanza l'azione solidale, o i suoi diritti in generale, non rinuncia alla solidalità, se non per riguardo al debitore*.

Non si presume che il creditore abbia liberato il debitore dalla solidalità, col ricevere da lui una somma uguale alla porzione, che dee, se la quietanza non dichiari che la riceve per la sua quota.

Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta contro uno de' condebitori per la sua quota, se questi non vi abbia aderito, o se non vi sia stata una sentenza di condanna.

È regolato dallo stesso principio il disposto nell'articolo 1165: *Il creditore che riceve divisa e senza riserva da uno de' condebitori la porzione degli arretrati o degl' interessi, non perde l' azione solidale se non per gli arretrati o interessi scaduti, non già per quelli che dovranno maturare, nè per lo capitale; eccetto se il pagamento così diviso siasi continuato per dieci anni di seguito*.

Fisso il codice nel principio stabilito nell' articolo 1151, cioè che la remissione fatta da un solo creditore non libera, se non per la porzione di tale creditore il debitore, restando saldo il dritto degli altri creditori verso gli altri debitori, vengono in sequela le disposizioni degli articoli 1163 nel qua-

le è detto: *Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno de' condebitori, conserva l' azione solidale contro degli altri dedotta però la porzione del debitore che egli ha liberato dal solido.* Lo stesso principio regola l' articolo 1164 ove si dice: *Il creditore che riceve divisa la parte di uno de' debitori senza riservarsi nella quietanza l' azione solidale, o i suoi diritti in generale, non rinuncia alla solidalità, se non per riguardo al debitore.* Nella seconda parte di questo articolo si rapporta la ragione sulla quale è piantata tale dottrina, ch' è quella stessa che regolava la rinuncia alla successione, di cui si parlò di sopra, cioè esser quella espressa, e non tacita: Quì si dice: *Non si presume che il creditore abbia liberato il debitore dalla solidalità col ricevere da lui una somma eguale alla porzione che dee, se la quietanza non dichiari che la riceve per la sua quota.* Estende poi tale principio il codice, cioè di non intendersi fatta una tacita rinuncia alla solidalità, anche al caso in cui si fosse isolatamente da uno solo de' debitori domandata la rata; e perciò soggiunge: *Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta contro uno de' condebitori* per la sua quota, *se questi non vi abbia aderito, o se non vi sia stata una sentenza di condanna.*

Nell' articolo poi 1165 si propone una dottrina, la quale sembra da principio esser destruttiva di quella della non presunzione della rinuncia alla so-

Digitized by Google

lidalità: È da riflettersi, che nella solidale obbligazione, allorchè si è ricevuta la cosa da uno de' debitori solidali, gli altri sono liberati: ora se mai vi siano più debitori solidali obbligati per un capitale, sono costoro tenuti solidalmente tanto pe 'l capitale, che per gl' interessi decorsi: se mai il creditore solidale si dirigga contro uno de' debitori solidali, e da questo consegua la sua porzione degli arretrati, questo debitore sarà liberato per gl' interessi maturati, ossiano arretrati, ma non già per gl' interessi decorrendi, ossia *per quelli* che dovranno maturare, ecco le parole dell' articolo: *Il creditore che riceve divisa e senza riserva da uno de' creditori la porzione degli arretrati o interessi scaduti*, *non perde* (cioè contro un tale debitore) *l' azione solidale*, *se non per gli arretrati scaduti*, *non già per quelli*, *che dovranno maturare*, *nè per lo capitale.* Si è detto che la rinuncia non si presume, ma se poi pel tratto di anni dieci il creditore solidale da uno de' debitori solidali, per lo spazio di tale scorrimento di tempo, abbia sempre esatto solamente da uno de' debitori la sua rata, nè abbia curato del dritto della solidalità, s'intende una tale azione prescritta anche per gl' interessi da maturare, non più il creditore potrà solidalmente agire contro di colui, che per lo spazio di anni dieci esso stesso riconobbe isolatamente obbligato. Perde in questo rincontro non solo la solidalità per gl' interessi, ma s'intende anche perduta pel capitale. Sa-

rebbe, dice Toullier, una inconseguenza esser sciolto dalla solidale obbliganza per ciocchè riguarda gl' interessi, e restare obbligato nel capitale, ch' è la causa che tali interessi produce. Lo stesso Toullier però osserva, che debbono esser dieci atti separati, dai quali apparisca tale pagamento. Il creditore, continua lo stesso autore, il quale per anni dieci con atti differenti e consecutivi ha ricevuto il pagamento della sua rendita divisamente, o gl' interessi del suo capitale, non può ragionevolmente allegare, che egli non abbia rinunciato alla solidalità. Ma che dirsi, se il creditore avesse esatto dal suo debitore per cinque o sei anni consecutivi, ma poi di tutte queste annate una sola quietanza ne fosse stata formata, sarebbe da presumersi l' abbandono alla solidalità? Toullier nella nota al num. 745 dice, doversi la quistione abbandonare alla prudenza del magistrato. La disposizione del codice, dice lo stesso autore, non è molto precisa per esser considerata qual regola generale, e rigorosa. Questa è la ragione per la quale nella ultima parte dell' articolo 1165 è detto: *eccetto se il pagamento così diviso siasi continuato per dieci anni di seguito.* Pothier riferisce la stessa dottrina, ma a' suoi tempi dovevano scorrere anni trenta, che ora sono accorciati a dieci.

Art. 1166. *L' obbligazione contratta solidalmente verso il creditore....*

Digitized by Google

Art. 1167. *Il condebitore di un debito solidale che l'ha pagato per intero....*

Se uno di costoro non si trovi solvente, la perdita....

Nell' articolo 1166 è detto, che la obbligazione solidalmente contratta verso il creditore si divide *ipso jure* fra i debitori. Per intendersi il contenuto di questo e del seguente articolo è da ricordarsi di quanto si disse di sopra, cioè che i creditori sono tra di loro considerati, come tanti reciproci mandatarj, quindi i creditori solidali esigono da chiunque de' solidali debitori, ma l' esatto non cede a solo vantaggio di colui, che ha riscosso, ma deve dare la sua rata al concreditore, del quale è considerato qual mandatario: Nella stessa maniera ciascuno de' condebitori può esser per l' intero convenuto, ma la cosa pagata non deve gravitare tutta sul suo dorso, ha egli il dritto di domandare da ciascuno de' solidali debitori la rispettiva rata, ma non ha un' azione solidale contro ciascuno di essi. Al solo creditore un tale dritto compete, e non già a colui, che ha pagato per tutti. È tanto vera simile dottrina (sebbene opposta a quanto è dalle romane leggi stabilito) che se mai si trovasse fra i condebitori solidali qualcheduno, il quale fosse insolvibile, la insolvibilità di questo non gravitarebbe sopra colui, che ha pagato solamente, ma sopra tutti i condebitori e *pro rata* dovrebbe esser ripartita. È

una tale dottrina spiegata negli articoli 1166 ed eccone le parole: *L' obbligazione contratta solidalmente verso il creditore si divide* ipso jure *tra i debitori, ciascuno de' quali non è tenuto verso gli altri, se non per la propria porzione.* Nell' articolo poi 1167 è scritto: *Il condebitore di un debito solidale che ha pagato per intero, non può ripetere dagli altri, se non la quota e porzione di ciascuno, se uno di costoro non si trovi solvente, la perdita che ne deriva, si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi, e sopra quello, che ha fatto il pagamento.*

Art. 1168. *Nel caso che il creditore abbia rinunciato....*

Art. 1169. *Se l' affare per cui fu contratto il debito solidale, non riguardava che uno degli obbligati in solido....*

L' articolo 1168 prevede il caso nel quale il creditore avesse rinunciato all' azione solidale verso uno de' debitori: indi accadesse la insolvibilità di uno, o più condebitori, non escluso neppure quello a cui venne rimessa la solidità dal creditore, viene nello stesso ordinato, che la perdita nata dalla insolvibilità di uno de' coobbligati debba gravitare egualmente fra tutti gli altri. Si presume una società fra tutti i condebitori solidarii, e l' articolo dice: *la porzion di costoro sarà* per contributo *ripartita fra tutti i debitori, anche fra quelli, che dal creditore sono stati precedentemente liberati dalla solidalità.* Se però costi che la

Digitized by Google

somma non sia stata egualmente ricevuta da tutti i coobbligati, ai quali venne data, ma che alcunì abbiano ricevuto più, ed altri meno, la porzion di colui, che si trova insolvibile, non dee essere sopportata egualmente da tutti, ma ciascuno sarà tassato a proporzione di quanto avrà avuto della somma improntata. La medesima regola è stabilita nell'articolo 1169 nel quale è detto che se mai uno de' coobbligati nulla abbia ricevuto dal prestito fatto, e che il prestito non lo riguardi, ma bensì *l'affare per cui fu contratto il debito solidale non riguardava che uno degli obbligati in solidum*, colui che niun utile percepì dalla obbligazione, sarà solamente obbligato in faccia al creditore, ma niuna azione avranno contro di lui gli altri condebitori; solamente sono tenuti in solido coloro, che dal contratto ne ricavarono vantaggio, ma gli altri condebitori non saranno *considerati verso di lui, che come suoi fidejussori.*

Sezione V.

Delle obbligazioni divisibili, ed indivisibili.

SOMMARIO.

I. *Definizione della disione divisibile, ed indivisibile*: oscurità *di tale dottrina: regola a saper distinguere l' obbligazione divisibile, ed indivisibile.*

II. *Cosa s' intenda per divisione materiale, cosa per intellettuale: quando i dritti sono considerati come divisibili.*

III. *Tutte le obbligazioni sono indivisibili in faccia al debitore: la divisibilità si considera nella persona degli eredi. Eccezioni relative a tale dottrina.*

I. Dopo di aver il codice parlato delle obbligazioni solidali, era cosa naturale di parlare delle obbligazioni divisibili, o indivisibili, cioè di quelle obbligazioni, il di cui oggetto può, o non può essere diviso. L' indivisibilità dell' oggetto, ossia materia di un' obbligazione produce una specie di solidalità tra coloro, i quali contrassero un debito indivisibile. La materia, che noi incominciamo a trattare è talmente oscura, ed inviluppata, che forma non solo lo scoglio de' principianti; ma benanche di coloro, i quali

sono provetti nell' arte d' insegnare le materie legali. Il celebre Toullier nel numero 782, dopo di aver rapportata la confessione di Gerardo Noodt emessa nel comento dallo stesso fatto sulle pandette, e propriamente nel titolo de' Digesti, *de condictione triticiaria*, nel quale dichiara doversi astenere da tale comento per non aver mai potuto capire, ciocchè era compreso nel detto titolo *de condictione triticiaria*, non essendo solito d' insegnare, ciocchè non avea capito, dice chiaramente » io sono costretto di confessare di non essere mai giunto sino al présente nella posizione di poter concepire un'idea chiara, e precisa delle obbligazioni indivisibili, soggiunge però di voler manifestare al pubblico, ed ai suoi alunni quel travaglio che ha fatto per intendere simile materia «. Ora essendo io assai inferiore al Sig. Toullier nella scienza legale, lungi dal voler tentare qualche nuova interpetrazione su di tale materia, tratterò di abbreviare solamente quanto dallo stesso è detto nella dottrina relativa alla indivisibilità della obbligazione.

Art. 1170. *L' obbligazione è divisibile, o indivisibile secondo che la cosa che si dee consegnare, o il fatto che si dee prestare sia, o no capace di divisione materiale, o intellettuale.*

Art. 1171. *L' obbligazione è indivisibile, quantunque la cosa, o il fatto che ne forma l' oggetto sia di sua natura divisibile, se il rapporto sotto cui è considerato nella obbligazione, non la renda capace di esecuzione parziale.*

Art. 1172. *La solidalità stipulata non imprime alla obbligazione il carattere d' indivisibilità.*

II. La divisione di cui quì si parla non è la divisione fisica che consiste *in solutione continuitatis*, ma si è una divisione *civile*, e propria al commercio delle cose (1). Nell'articolo 1170 si dice esser la cosa suscettibile di divisione *materiale*, o *intellettuale*. Dicesi divisione *materiale*, o reale, se si tratta di una cosa, la quale realmente può esser divisa in più parti eguali, o ineguali. Così una estenzione di terreno è sottoposta ad una divisione materiale. Dicesi divisione *intellettuale*, se si tratta di un semplice dritto: di tal natura sarebbe un dritto indiviso, che ha uno de' coeredi in un'effetto qualunque di una successione. Tale dritto è riposto nel numero delle cose *divisibili*, dacchè lo stesso consiste in una *quotità* suscettibile di divisione *in jure*, *et intellectu*.

Bisogna osservare che un dritto indiviso può legalmante suddividersi, sia che si applichi ad una cosa realmente divisibile, oppure che si applichi ad una cosa, la quale in se stessa è indivisibile. Così il dritto, che io ho sopra un cavallo, sopra una tazza di argento, possono simili cose valutarsi, ed il cavallo, e la tazza di argento possono appartenere a più persone per una parte indivisa.

Vi sono però de' dritti, che non sono suscettibili

---

(1) Pothier *num.* 287.

Digitized by Google

di divisione intellettuale. Di tal fatta sono le servitù prediali, le quali *pro parte acquiri nequeunt.* Ma della indivisibilità delle servitù se ne parlerà nella seguente sezione , nella quale si vedrà l' opinione di Dumoulin colle savie osservazioni di Toullier.

Si deve osservare che la cosa medesima, e lo stesso fatto che forma l' oggetto dell' obbligazione , e la maniera di eseguirla , queste sono le cose che debbano considerarsi per decidersi, se l' obbligazione sia divisibile, o indivisibile: non si deve aver conto dell' utile che ne ricava il creditore dalla contratta obbligazione , nè considerarsi il danno che ne risulta al debitore , altrimenti non vi sarebbe alcuna obbligazione , che non sarebbe riputata divisibile.

L' utile, ed il fine della dottrina relativa alla divisibilità, o indivisibilità delle obbligazioni è quello di far conoscere il modo come distinguere quando i debiti possono essere pagati , o esatti dalle parti. Allorchè uno sia il creditore, uno il debitore, non nasce mai la quistione sulla divisibilità della obbligazione. Quindi è nata la dottrina dell' articolo 1171 nel quale dicesi essere l' obbligazione indivisibile , sebbene l' oggetto della obbligazione sia divisibile , se *il rapporto sotto cui è considerato nell' obbligazione non la renda capace di esecuzione parziale.* Così se Tizio si è obbligato a costruire una casa , a stampare un' opera , sebbene la costruzion della casa, la stampa di un' opera sia suscettibile di divisione , pure è considerata

come obbligazione indivisibile, a ragione che la cosa promessa da più persone non avrebbe quella destinazione per la quale il creditore devenne alla convenzione. Nell'articolo 1172 è detto che la solidalità stipulata non imprime alla obbligazione il carattere d' indivisibilità. Di fatti la solidalità produce il suo effetto che l' obbligazione non resti divisa tra i debitori solidarii, non avendo i debitori il beneficio della divisione da opporsi al creditore. L' obbligazione però può restar divisa per volontà del creditore come si è spiegato nella sezione antecedente. L' obbligazione solidale è divisa necessariamente tra gli eredi di ciascun debitore solidale.

§. I.

Degli effetti dell' obbligazione divisibile.

Art. 1173. *L' obbligazione ch' è capace di divisione si debbe eseguire fra il creditore, ed il debitore come se fosse indivisibile.*

Nell' articolo 1197 è sanzionato: *il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito ancorchè divisibile.* E siccome i dritti de' contraenti sono eguali, nella stessa maniera il creditore non può costringere il suo debitore a pagargli in parte il suo credito. Bisogna avere per principio fondamentale, che il dritto, e l' obbligazione di pie-

Digitized by Google

no dritto si dividono, ed in porzioni eguali, tra tutte le persone, le quali sono in una obbligazione enumerate. Così ciascuno de' creditori nel caso siano due, ha il dritto di conseguire la metà della cosa promessa, purchè altrimenti non siasi convenuto.

Nella stessa maniera se due siano i debitori, ciascun non potrà essere costretto che per la metà. Ciascun creditore dunque non potrà domandare, se non che pagarsegli la sua virile. Essendo dunque uno il creditore, ed uno il debitore, questo non è autorizzato a pagare in parte il suo debito. È deciso, che il debitore non possa forzare il creditore a riceversi in parte una porzione del suo credito. Ecco la ragion per la quale nell'articolo 1173 è detto: *l' obbligazione ch' è capace di divisione si deve eseguire fra il creditore, ed il debitore, come se fosse indivisibile.* Se poi il creditore, ed il debitore che soli nell' origine intervennero nella obbligazione, venissero a morire lasciando più eredi, il dritto del primo; l' obbligazione del secondo, si dividono tra i loro eredi di pieno dritto, e per sola forza della legge: *nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto*, era scritto nelle leggi decemvirali. Quindi il dritto del creditore, l' obbligazione del debitore uniche nell' origine, dopo la morte de' medesimi, in vigore di questa divisione legale, formano tanti dritti, e tante obbligazioni, quante sono le persone degli eredi del creditore, e debitore. Ciascuno coerede del

creditore non può domandare che la sua porzione che gli spetta sul dritto del suo autore: così il debitore non può essere costretto, se non se per quella porzione la quale ha ereditata dal debitore unico in origine. Quindi continua l'articolo 1173 la *divisibilità* non è applicabile, se non per riguardo ai loro eredi, i quali non possono ripetere il debito, nè sono tenuti a pagarlo, che per la rata delle quote ereditarie, o per quella parte nella quale rappresentano il creditore, o il debitore.

Acciocchè possa dirsi essere una obbligazione divisibile non è necessario che la cosa dovuta possa esser divisa naturalmente *in partes discretas, et separatas*, basta che possa esser divisa in parti intellettuali, e che il valore, o il prodotto possa esser diviso. Ora si può possedere un cavallo per indiviso, esserne proprietario per una metà; per un quarto: l'obbligazione di cui l'oggetto consiste in un cavallo, dunque è divisibile; poichè una obbligazione è divisibile, dicesi nell'articolo 1170 *secondo che la cosa che si dee consegnare, o il fatto che si dee prestare sia, o no capace di divisione materiale, o intellettuale.*

Art. 1174. *Il principio stabilito nel precedente articolo è soggetto ad eccezione, riguardo agli eredi del debitore....*

Il principio della divisione de' debiti e de' crediti soffre delle eccezioni in quanto al pagamento, quante

Digitized by Google

volte la convenzione nella sua esecuzione, sebbene per se stessa divisibile, non possa essere eseguita senza inconveniente o ingiustizia. Queste eccezioni nascono alcune dalla legge, altre dalla stessa natura della cosa dovuta, e finalmente non mancano di quelle, che sono figlie della stessa convenzione formata dalle parti.

Di sopra si sono rapportati degli esempj delle eccezioni figlie della legge: ora nell' articolo 1174 il codice racchiude le altre derivanti o dalla stessa natura della cosa, o dalla convenzione. L'articolo 1174 comincia a dare le sue eccezioni: eccone le parole: *Il principio stabilito nel precedente articolo è soggetto ad eccezione, riguardo agli eredi del debitore.*

I. Quando il debito è ipotecario.

Due cose bisogna distinguere in un credito ipotecario. Il credito in se stesso, ed il dritto della ipoteca, che si trova stabilito. È chiaro, che il credito possa sussistere senza la ipoteca, ma l' ipoteca non può reggere senza il credito.

Il credito è un dritto sulla persona, l' ipoteca è un dritto sulla cosa. Il dritto sulla persona si divide *ipso jure* tra gli eredi del creditore, così anche il debito, ossia l' obbligazione personale, si divide tra gli eredi del debitore (1).

L' ipoteca non si divide nè attivamente, nè passivamente. Il dritto del creditore sulla cosa ipotecata

(1) *Art.* 791.

non si divide fra i suoi coeredi : sussiste nell' intero sopra tutti gl' immobili, su i quali la stessa va a gravitare, e sopra tutti, e singole le parti de' medesimi immobili. È noto che nel dritto: *hypotheca est tota in toto, et in qualibet parte*. Una sola eccezione se n' è addotta di sopra, ed è quella relativa ai legatarj, i quali sebbene abbiano un' ipoteca legale, pure il legatario potrà solamente convenire gli eredi, che debbono prestare la somma legata coll' azione ipotecaria fino alla concorrenza del valore degl' immobili ereditarj, de' quali saranno detentori (1).

Da questa dottrina se ne ricava, che sebbene due fondi di egual valore siano obbligati, non se ne deduce essere per la metà obbligati, ma tutti, e due i fondi sono affetti della totalità di tale ipoteca. Più si conosce che se un padre di famiglia debitore lascia più eredi, e più immobili da doversi dividere tra di loro, ne siegue che ciascun immobile è solidalmente obbligato per il tutto, poicchè è detto nell' articolo 794 che *gli eredi sono tenuti ai debiti, e pesi ereditarj, personalmente a misura della loro parte, e porzione, ed ipotecariamente per l' intero*.

L' indivisibilità delle ipoteche è stabilito tanto nelle leggi romane, che nelle leggi nuove, non già perchè naturalmente il fondo obbligato non potesse dividersi, ma perchè la legge ha così ordinato. Ora sebbene

---

(1) *Art.* 971.

nell' articolo 2000 si dica essere l' ipoteca di sua natura indivisibile, pure questa indivisibilità non è fondata sulla natura delle cose ipotecate, ma sopra una disposizion della legge, fatta a favore del creditore. Quindi può cessare per effetto di una espressa convenzione: giacchè ognuno può rinunciare a quel privilegio, che la legge gli accorda.

La seconda eccezione rapportata nel numero 2 dello stesso articolo ha luogo quando, *si debba un corpo determinato.*

Allorchè siasi dedotto nella convenzione doversi dare un corpo certo, come un tal cavallo, una tale statua, o un corpo incerto, come una nave, un cavallo, ma determinato nella sua specie, senza designarlo particolarmente, questo debito neppure è divisibile tra gli eredi del debitore, giacchè al dire di Ulpiano (1). *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore.* Questa differenza essenziale stabilita dalla natura della cosa porta seco necessariamente nel pagamento un'altra differenza, la quale è anche figlia della natura delle cose. Questo debito è divisibile: sebbene il cavallo, la nave, non possono esser divisi in parti materiali. Io posso possedere indiviso un quarto, un terzo di cavallo. La proprietà comune non con-

---

(1) *L.* 5. *de stipul. servor.*

siste in ciocchè ciascuno compadrone è proprietario nella totalità, ma solamente di una parte indivisa, o piuttosto intellettuale che corporale. Si può dunque vendere, comprare, dovere la metà di un cavallo, di una nave, dunque l'obbligazione di un corpo certo si può dividere, e di fatto resta divisa tra i creditori, e debitori (1). Se il defunto avea promesso delle cose fungibili, che *constant numero*, *pondere*, *et mensura*, ciascun degli eredi del debitore può pagare la sua rata separatamente al creditore. Ciocchè si è detto relativamente al pagamento de' corpi certi, o indeterminati nella loro specie, i quali non sono suscettibili di essere materialmente divisi in parti reali, e distinte, si applica egualmente alla obbligazione delle cose, le quali sebbene divisibili sono state considerate per mezzo della convenzione, come formante un tutto, il quale non può essere diviso senza un notabile pregiudizio, sia per parte del creditore, sia per quella del debitore. Risulta quindi esser stata la volontà de' contraenti quella di non potersi la cosa partitamente pagare da ciascun coerede.

Nello stesso articolo 1174 si rapporta una terza eccezione, cioè *quando si tratti di debito alternativo di cose a scelta del creditore, delle quali una sia indivisibile.*

Bisogna avvertire che il codice esige due condizio-

---

(1) Toullier *num.* 775.

Digitized by Google

ni per applicare simile eccezione, cioè che la cosa che forma l'oggetto del debito alternativo sia indivisibile, secondo che la scelta spetti al creditore. Osserva Toullier che sarebbe stata più accurata la redazione se si fosse concepita nel modo seguente, cioè *quando si tratti di un debito alternativo di due cose, delle quali una è indivisibile.* Le parole *a scelta del creditore* furono aggiunte dopo che fu discusso, ed adottato il progetto della redazione contenuta nell'art. 1174 num. 3.° Ne' motivi della legge si conobbe l'oscurità della redazione, ma ciò nonostante per la solita precipitanza usata nella redazione del codice civile si lasciò in piedi: quindi il celebre Toullier in una nota al num. 765 ne fece la redazione nel modo indicato. Il senso di questo terzo numero, che porta una terza eccezione, ecco come viene spiegato dal ridetto autore. La scelta a riguardo delle obbligazioni alternative, o indeterminate è indivisibile nella persona degli eredi, tanto del creditore che del debitore: quegli devono riunirsi, e convenire per la scelta, oppure tirarla a sorte, affin di non dare, o domandare parte di una delle cose, e parte delle altre.

Se l'obbligazione comprenda sotto di un'alternativa delle cose divisibili, e delle cose indivisibili, la divisibilità, o indivisibilità del debito dipende dalla scelta degli eredi del debitore, o di quelli del creditore, allorchè la scelta non è stata deferita ad alcuno: la stessa è divisibile, se la scelta cada sopra

una cosa divisibile: nel caso contrario è indivisibile. Ma gli eredi del debitore non possono privare il creditore della scelta, se quella gli è stata deferita, sotto pretesto che deve dividersi il debito fra di loro.

Nel 4.° numero del medesimo articolo è rapportata una quarta eccezione, cioè *quando un solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell' adempimento della obbligazione*. Si può stipulare che gli eredi del debitore saranno solidariamente tenuti, o che uno solo sia incaricato dell' adempimento della obbligazione. È certamente nella libertà del debitore gravare la sua successione di un tale peso, apporvi delle condizioni, che crederà le più convenevoli. Ora l' erede incaricato avendo accettata la sua successione si è volontariamente sottoposto a quelle obbligazioni, che ha contrattate, e così pagar nella maniera che o tra loro si è convenuto, oppure dal defunto debitore siasi ordinato. Nel numero 5.° si rapporta una quinta eccezione concepita ne' seguenti termini: *Quando o dalla natura della obbligazione, o dalla cosa che ne forma l' oggetto, o dal fine che si è avuto di mira nel contratto, risulti essere stata intenzione de' contraenti che il debito non possa soddisfarsi partitamente*. Si può dunque stipulare, che il debito non potrà esser pagato parzialmente dagli eredi del debitore: questa stipula non rende gli eredi solidarj, quella non impedisce che il debito non si divida tra i coeredi, e che ciascuno non sia tenuto

*

per la sua parte virile, ma quello non può fare il pagamento, che della cosa intera congiuntamente coi suoi coeredi; di modo tale che l' offerta, che uno di essi farà isolatamente da sua parte sarà insufficiente, e non potrà nè liberarlo, nè costituirlo in mora (1), e se tutti i coeredi non si riuniscono per pagare, il creditore potrà agire contro di uno solo pel tutto, sebbene questo non sia solidario cogli altri; poicchè si può esser tenuto pel tutto non ostante di non esser debitore solidario. Questa convenzione, che il debito non potrà esser parzialmente pagato, impedisce, che gli eredi del debitore non possono pagare separatamente le loro porzioni virili al creditore, mentre questo vive, ma non impedisce che il debito non si paghi in parti agli eredi dello stesso. Il debitore non può dunque, anzicchè i suoi eredi pagare ciascuno di essi la sua parte, se egli paghi ad uno anche il tutto, non sarà liberato. Queste dottrine non furono riconosciute dalla legge romana. Ulpiano (2) rispose: *Si uni ex heredibus aeris alieni injungitur citra speciem legati, officio judicis familiae erciscundae cognoscentis suscipere eum id oportere: sed non ultra dodrantem portionis suae, ut quadrantem illibatum habeat, indemnes igitur coheredes res prestare cavebit.* In questi casi il creditore non può

(1) Pothier *num.* 313.
(2) *L.* 20. §. 5. *erciscun.*

diriggersi da uno solo de' debitori, ma deve servar quell' ordine prescritto nell' ultima parte del medesimo articolo, cioè *ne' primi tre casi* (allorchè si tratta di un debito ipotecario, di un corpo determinato, di un debito alternativo) *l' erede che possiede la cosa dovuta, o il fondo ipotecato può essere convenuto per intero sulla cosa o sul fondo, salvo il regresso contro i suoi coeredi. Nel quarto caso l' erede ch' è solo incaricato del debito, e nel quinto caso ciascun erede può essere convenuto per l' intero*; salvo il regresso contro gli altri coeredi.

§. II.

Degli effetti della obbligazione indivisibile.

Art. 1175. *Ciascun di coloro, che han contratto congiuntamente un debito indivisibile, è tenuto per l' intero, ancorchè l' obbligazione non sia stata contratta solidalmente.*

Art. 1176. *Lo stesso ha luogo per gli eredi di colui, che ha contratta una simile obbligazione.*

Nell' articolo 1171 si diede la definizione della obbligazione indivisibile, e si disse: *l' obbligazione è indivisibile, quantunque la cosa, o il fatto che ne forma l' oggetto sia di sua natura divisibile, se il rapporto sotto cui è considerato nella obbligazione, non la renda capace di eccezione parziale.* Nell' ar-

Digitized by Google

ticolo 1174 numero 5.° si dice: quando o dalla natura dell' obbligazione, o dalla cosa che ne forma l' oggetto, o dal fine, che si è avuto di mira nel contratto, risulti essere stata intenzione de' contraenti che il debito non possa soddisfarsi partitamente. Da queste due disposizioni si ricava facilmente che l' obbligazione è indivisibile per riguardo al rapporto sotto cui l' oggetto che forma la materia della convenzione, è considerato nell' obbligazione.

Più: la indivisibilità può sorgere dalla natura della obbligazione; più dalla cosa che ne forma l' oggetto; finalmente è indivisibile, perchè questa indivisibilità si è avuta in mira nel contratto. Toullier confessa in buona fede di non ancora aver potuto capire la differenza, che passa tra la indivisibilità di cui si parla nell' articolo 1171, e quella compresa nell' articolo 1174 numero 5.°

Tre specie d' indivisibilità sono riconosciute da Pothier (1), e sono: quella chiamata *individuum contractu*, e dicesi ancora indivisibilità assoluta: quella che si chiama *individuum obbligatione*, e finalmente quella che si chiama indivisibilità del pagamento, detta *individuum solutione.*

Indivisibilità assoluta, detta *individuum contractu* è quando una cosa non è per se stessa suscettibile di parti, in modo tale che non potrebb' essere in par-

(1) *Num.* 291., *e seg.*

te nè stipulata, nè promessa: tali sono i dritti delle servitù reali, come per esempio il dritto di passaggio. Difatti è impossibile il concepire divisione in un dritto di passaggio. Così gli eredi di colui, a cui fu accordato il dritto di passaggio, tutti egualmente potranno servirsi di tale facoltà, ma niuno però in parte se ne può servire. La seconda indivisibilità è detta *individuum obligatione*. Sebbene osserva Pothier che vi siano certe cose, le quali si possono stipulare, e permettere in parte, e sebbene non possono avere niuna relazione colla indivisibilità assoluta, pure per il modo in cui furono considerate dalle parti contraenti sono qualche cosa d'indivisibile, e che non può in conseguenza essere in parte dovuto. Si rapporta la obbligazione nella quale siasi dedotta la costruzione di una casa. Io posso convenire con un muratore, che egli mi costruirà una parte della casa, che io ho nella idea di far fabbricare. Così ch'egli mi costruirà i muri fino al primo piano. Ora sebbene la costruzione della casa non sia assolutamente indivisibile, pure siccome forma l'oggetto della obbligazione nel modo in cui è stata considerata dalle parti contraenti, è qualche cosa d'indivisibile. Egli è vero che questa costruzione non possa farsi che per parti, e successivamente, ma non è il fatto passaggiero della costruzione quello che forma l'oggetto della obbligazione, cioè la costruzione della casa.

La terza specie d'indivisibilità suppone che l'ob-

Digitized by Google

bligazione per sua natura sia divisibile, ma resta indivisibile nel pagamento. Quindi Pothier nel numero 294 dice che l' obbligazione indivisibile *solutione* è quella di una cosa, che considerata sotto al rapporto in cui forma l'oggetto della obbligazione, non è suscettibile di parti.

Dumoulin analizzando queste indivisibilità comincia dalla indivisibilità assoluta chiamata *individuum contractu*, dice che vi siano talune servitù prediali, le quali sono per lor natura divisibili, e Toullier le rapporta nel numero 785.

Il Sig. Dumoulin mostra che le servitù prediali anche indivisibili per loro natura, sono divisibili per accidente, se l'effetto è divisibile. Prova la sua prima proposizione, cioè che vi siano certe servitù prediali divisibili di lor natura, coll' esempio di cinque servitù, cioè *aquae haustus*, *pecoris ad aquam appulsus*, *jus pascendi*, *calcis coquendae*, *arenae fodiendae* (1). Sostiene che queste servitù sono divisibili per lor natura sotto tutti i riguardi.

Quali sono dunque le servitù indivisibili di lor natura, di una indivisibilità assoluta dette *individuae contractu*? Lo stesso Dumoulin cita principalmente la servitù del passaggio, la quale non può esercitarsi in parte. *Impossibile est quem per partes ire, et pro parte non ire.* Soggiunge qui Toullier, ma per qual

(1) §. 2. *inst. de servit. pred.*

ragione la servitù detta *aquae haustus* non è nell'istessa maniera indivisibile che la servitù del passaggio ?

Varie cose si osservano da Toullier contro la dottrina di Dumoulin relativamente alla indivisibilità assoluta. Lo stesso autore confessa ingenuamente di non poter capire la differenza, che passa tra l' obbligazione *individuum contractu* , e quella indivisibile *solutione*. Di fatti nel numero 5.° dell' articolo 1174 si dice: *essere indivisibile nella persona degli eredi l' obbligazione , quando o dalla natura dell' obbligazione, o dalla cosa che ne forma l' oggetto, o dal fine, che si è avuto di mira nel contratto , risulti essere stata intenzione de' contraenti, che il debito non possa soddisfarsi partitamente.* Di fatti come mai si può concepire qualche differenza, tra una obbligazione, che il rapporto che si ebbe in mira il contratto, non rende suscettibile di esecuzione parziale, ed una obbligazione, eccettuata dal principio della divisione, dacchè ciò risulta sia dalla natura della obbligazione, sia dalla natura della cosa, che ne forma l' oggetto, sia dal fine , che si è proposto, che l' intenzione de' contraenti è stata , che il debito non possa soddisfarsi partitamente? Per vedere la stranezza di tale dottrina si deve osservare quanto è detto dal Sig. Toullier nel luogo citato. Quì si verifica che in tale teoria, *nec caput , nec pes uni reddatur formae.*

Si è detto di sopra quali siano i casi ne'quali gli eredi del debitore non possono domandare partita-

Digitized by Google

mente pagare al creditore la loro rata, ma esser ciascun tenuto per lo adempimento totale della obbligazione, salvo il ricorso contro degli altri eredi; ora nell' articolo 1176 si è parlato di tale obbligazione indivisibile; nell' articolo 1177 si dice che: *ciascun erede del creditore può esigere l' intera esecuzione della obbligazione indivisibile.* La disposizione di quest' articolo è chiara, poicchè per la stessa ragione, che chiunque è tenuto ad una obbligazione indivisibile, è tenuto ad adempierla interamente, così chiunque ha dritto ad una cosa indivisibile può esigerla nella totalità. Ma bisogna osservare che sebbene abbia il dritto di esigerla nella totalità, pure egli solo non ha il dritto alla proprietà, così nel caso dell' inadempimento, dovendosi riscuotere dal debitore moroso i danni, ed interessi, i quali sono divisibili, non gli saranno dovuti nella totalità, ma solo in quella proporzione nella quale egli è erede. Paolo (1) parla della prestazione di una servitù della via, o dell' atto, la quale è indivisibile, e che dagli eredi dovendosi prestare indivisibilmente da ciascuno, dice, *omnibus in solidum competere actionem, etsi non praestetur via pro parte hereditaria, condemnationem fieri oportet.* Questa dottrina è diversa da quella esposta nella sezione relativa alle obbligazioni solidali nelle quali si disse che ciascun credi-

---

(1) *L.* 25. §. 9. *famil. erciscund.*

tore solidale ha il dritto di esigere da ciascun de'suoi condebitori per causa dell' inadempimento della obbligazione, i danni, e gl' interessi nella totalità. In seguito di tali dottrine giustamente nella seconda parte dell' articolo 1177 viene sanzionato *non poter egli solo* (cioè ciascun erede del creditore) *rimettere il debito intero, nè ricevere il prezzo in vece della cosa*. Per rendere maggiormente chiara la ridetta dottrina, ed allontanare così le liti, lo stesso articolo dispone: *se uno solo tra gli eredi abbia rimesso il debito, o ricevuto il prezzo della cosa, il coerede non può altrimenti domandare la cosa indivisibile, che scontando la porzione di colui, che rimise il debito, o ricevè il prezzo della cosa*. Pothier (1) cerca di dimostrare che in tal modo si conciliano colla equità tanto i dritti de' coeredi del creditore, che quelli del debitore.

Art. 1178. *L' erede del debitore convenuto per l' intero può domandare un termine per chiamare in giudizio i suoi coeredi; purchè il debito non sia di tal natura che non possa essere soddisfatto, se non dall' erede convenuto, il quale in tal caso può essere egli solo condannato, salvo il regresso per la sua indennità contro i coeredi.*

Siccome ciascun coerede, o creditore non è proprietario della totalità, così ciascun debitore coerede

(1) *Num.* 327.

Digitized by Google

non deve la totalità, sebbene non possa pagare partitamente. I dritti del creditore, e quelli del coerede citato saranno ancora conciliati in accordando a questo, allorchè ne farà una domanda, una dilazione per mettere in causa i suoi coeredi. Se il debito è di natura tale a non poter essere pagato che dall' erede citato, la sentenza contro di lui non potrà essere differita: egli avrà solo il suo ricorso, ed indennità contro de' suoi coeredi. Se l' obbligazione è di natura tale a non poter essere pagato il debito che da tutti unitamente; egli è fuor di dubbio che l' azione non potrà essere diretta contro di uno solo (1).

---

(1) *Toullier dopo di aver dimostrata la oscurità della dottrina relativa alla indivisibilità delle obbligazioni, soggiunge, che dovrebbe tale dottrina esser riformata. In Francia ciò non ancora si è verificato. Il nostro regno è nella seconda aspettativa di veder riformato in molti articoli il codice. Nulla di buono si fece, allorchè nell' anno* 1816 *S. M. ordinò le novelle modificazioni alla legislazione: ora la nuova consulta è specialmente di ciò incaricata. Speriamo, che la giustizia del Re, lo zelo dei Ministri Medici, e Tommasi, l' impegno del Presidente della consulta Principe di Cardito siano secondati: è però da dubitarsene per le moltiplici cure, che sono addossate a coloro, che con tanto onore e gloria fanno parte di tal corpo consultivo.*

SEZIONE VI.

Delle obbligazioni con clausole penali.

SOMMARIO.

I. *Che s' intenda per clausola penale: quando questa si possa esigere. Se la nullità della principale obbligazione, porta seco quella della clausola penale.*

II. *Che dirsi se nella obbligazione principale siasi dedotta una cosa indivisibile, se dall' erede si possa per intero domandare: Che dirsi se siasi dedotta una cosa divisibile?*

Art. 1179. *La clausola penale è quella colla quale una persona per l' adempimento di una convenzione si obbliga a qualche cosa nel caso d' inadempimento.*

I. La clausola penale come lo dimostra la stessa parola è quella la quale impone ad una persona la necessità di pagare una somma, o altra cosa per punirla di non aver eseguita una prima obbligazione, oppure per averne quella ritardata. L' oggetto dunque della clausola penale è quello di assicurare la esecuzione di una prima obbligazione. Quella suppo-

Digitized by Google

ne necessariamente due promesse, e due stipule: eccone un' esempio. *Io vi prometto di abbattere la mia casa, o il mio bosco, che vi arreca danno, e se io non lo abbatterò dentro sei mesi, vi darò* 600 *ducati.* Dalla giacitura di questo esempio si vedono due distinte promesse, e per conseguenza due stipule. 1.° Quella di abbattere la casa, o il bosco. 2.° Quella di pagare ducati 600. La prima è pura, e semplice, questa secondaria è condizionata. La prima è irrevocabile, ed è attuale, l' esigibilità n' è solamente ritardata sino al termine. Quella diverrà esigibile di seguito, e senza dilazione, se non vi sia stato apposto un termine. L'obbligazione secondaria è puramente eventuale. La sua esistenza dipende dall' evenimento della condizione. Quella sarà perfetta: quella diverrà attuale, se la condizione verrà a verificarsi, se io non abbatto la casa, o il bosco, o se io sono costituito in mora di abbattere, nel caso niun termine sia stato fissato dalla convenzione. L'obbligazione secondaria giammai avrà avuta la sua esistenza, se l' evenimento della condizione non si verifichi.

Art. 1180. *La nullità dell' obbligazione principale produce la nullità della clausola penale.*

La nullità della clausola penale non porta quella della obbligazione principale.

Art. 1181. *Il creditore può agire per l' adempimento della obbligazione principale, in vece di di-*

mandare la pena stipulata contro il debitore, ch' è in mora.

Art. 1182. *La clausola penale è la compensazione....*

Non può domandare nel tempo medesimo....

Parlandosi di sopra dell' effetto delle obbligazioni, e delle condizioni essenziali per rendere valide le convenzioni si disse che non tutte le obbligazioni produceano quel civile legame di astringere l' obbligato a dare, o fare, o non fare qualche cosa. Si avvertì che alcune volte la legge garantisce le obbligazioni interamente, ed autorizza il creditore a ricorrere presso le legittime autorità contra del debitore per l' esecuzione della medesima. Altre volte dalla legge talune obbligazioni sono riprovate, o perchè contrarie alla legge, ed ai buoni costumi, o perchè celebrate tra persone incapaci ad obbligarsi. Finalmente vi sono delle convenzioni, che la legge non le riprova, ma però non accorda al creditore alcun azione contro dell' obbligato. Di tal fatta presso i romani erano i patti: presso di noi sono quelle convenzioni, delle quali niun utile può ritornare ai contraenti, come si è detto di sopra. Un' esempio di tali obbligazioni, che non producono alcuna coazione, si può vedere nell' articolo 1279, ove si parla degli originali.

Le clausole penali aggiunte a quelle convenzioni, che sono garantite dalla legge, vengono dichiarate

Digitized by Google

valide, e la penale non serve ad altro se *non se per la compensazione de' danni, e degl' interessi, che il creditore soffre per lo inadempimento della principale obbligazione* come è detto nell' articolo 1182. Ora essendo una compensazione per i danni, ed interessi si capisce la ragione per la quale nello stesso articolo è detto: *non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale, e la pena, quando questa non sia stata stipulata per la semplice mora.*

Se poi le convenzioni contengono cose contrarie al buon costume, o alle leggi, in tale rinccontro deve valere la disposizione dell'art. 1125 nel quale è detto essere nulle simili convenzioni: Con ragione dunque l' articolo 1180, dice: *la nullità dell' obbligazione principale produce la nullità della clausola penale.* È nulla egualmente la clausola penale, quante volte l' obbligazione primitiva fosse radicalmente nulla per mancanza di consenso, o vi fosse intervenuta la violenza, o il dolo. Per conoscere, se una stipula penale sia valida, non è necessario di ricercare, se possa lo stipulante aver interesse a far eseguire la promessa primitiva, di cui la inesecuzione forma la condizione, dall'evenimento della quale la pena sarà incorsa. Bisogna esaminare solamente, se l' obbligazione primitiva sia contraria ai buoni costumi, o alle leggi. Quante volte sia scevra da tali vizj, allora la clausola penale è valida, ancorchè la legge non accordasse alcun'azione contro dell' obbligato nella primitiva

obbligazione. Quando ciò accada, la legge prescrive, non essere nella libertà del giudice modificare la pena.

Nell' articolo 1181 si dice, essere nella libertà del creditore agire per lo adempimento della obbligazione principale, in vece di domandare la pena stipulata contra il debitore ch' è in mora.

Nella convenzione colla clausola penale si è detto esservi due obbligazioni, delle quali una è pura, e semplice, l' altra condizionata: Verificata però la condizione non resta abolita la primitiva obbligazione: restano tutte due in vigore, perchè l' oggetto della stipula penale non è quello di estinguere o di risolvere la prima obbligazione, ma bensì di assicurarla. Quindi non si può presumere che l' intenzione delle parti contraenti sia stata quella di fondere l' obbligazione principale nella stipula penale. Il debitore dunque in pagando la pena, non si è dissobbligato dalla primitiva obbligazione, la quale continua ad esistere. Ciò nonostante, sebbene le due obbligazioni sussistono insieme dopo la verifica della condizione, la quale dà principio all' obbligazione secondaria, il creditore ordinariamente non può esigere l'adempimento di ambedue, non può esigere la pena stipulata, e la esecuzione della primitiva obbligazione, tra le due dev' egli scegliere. Difatti, disse Ulpiano (1), *si quis a socio paenam stipulatus sit, pro*

(1) *L.* 41. *pro socio.*

Digitized by Google

socio non aget, si tamtumdem in paenam sit, quantum ejus interfuit. Si è detto ciò accadere ordinariamente. Vi sono però de' casi ne' quali si esige l'obbligazione primitiva, e la secondaria. Così se la clausola penale sia stata apposta per compensare i danni, ed interessi, in questo caso l'esazione di ciò che si comprende nella clausola penale, contiene in se quanto era nella primitiva obbligazione: ma se la clausola penale sia stata apposta qual pena della mora, la pena sarà incorsa, e sarà esigibile senza pregiudizio della obbligazione primitiva. Difatti Ermogeniano e Paolo nella *legge* 16., *e* 15. *de transact.* così decidono. Nella seconda parte dell'articolo 1182 dicesi non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale, e la pena, quando questa non sia stata stipulata per la semplice mora.

Art. 1183. *O che l' obbligazione principale contenga un termine nel quale si debba eseguire, o che nol contenga, non s' incorre nella pena, se non quando colui ch' è obbligato a dare, a ricevere, o a fare, sia in mora.*

Art. 1184. *La pena può modificarsi dal giudice quanto l' obbligazione principale è stata in parte adempita.*

Nell' articolo 1183 il codice esamina il caso, in cui il debitore incorre nella pena. Qui è da osservarsi che nel dritto romano era stabilito che la pena s' incorre, tostocchè scadeva il termine. Era noto il

principio che: *dies pro homine interpellabat* (1). Chiaramente disse Paolo (2). *Ad diem sub paena pecunia promissa , et ante diem mortuo promissore : committetur paena, licet non sit hereditas ejus adita.* Il codice esige che il debitore sia costituito in mora, mediante una citazione, menocchè il contratto non porti seco un patto, nel quale siasi detto d' incorrersi nella pena della mora colla sola scadenza del termine, o la cosa che si è obbligato di fare non possa esser data, o fatta se non in un determinato tempo, ch' egli ha lasciato trascorrere. Nella stessa maniera viene a verificarsi, se la clausola penale sia stata apposta nel contratto a norma di quanto è disposto nell' articolo 1100: Se l' obbligazione consista nel non fare, colui che vi contravviene è tenuto ai danni, ed interessi, per il solo fatto della contravvenzione.

I patti che dai contraenti si appongono ne' contratti formano le leggi de' contraenti, quindi non è nell' arbitrio del giudice di ridurla, perciò nell' articolo 1184 è deciso il caso in cui tale arbitrio è concesso al medesimo. Cioè: *quando l' obbligazione principale è stata in parte adempiuta.* L' espressioni usate dall' articolo non costringono il giudice a ciò fare, ma solamente sono autorizzati a farla, quando si ve-

(1) *L.* 23. *de verb. obblig.*
(2) *L.* 77. *de verb. obblig.*

rificasse il caso nel quale in porzione il creditore fosse stato sodisfatto, giacchè siccome è stabilito nell'articolo 1197, che il debitore non possa forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito ancorchè divisibile, avendo il creditore permesso al debitore di dargli in parte il suo credito, perciò attese le diverse circostanze, si autorizza il magistrato a ridurre ciò che si era convenuto nella clausola penale.

Art. 1185. *Allorchè l'obbligazione principale contratta con clausola penale ha per oggetto una cosa indivisibile, s' incorre....*

Art. 1186. *Quando l' obbligazione principale contratta sotto una pena è divisibile, non incorre nella pena se non quell' erede del debitore....*

Questa regola ammette eccezione....

II. Le regole stabilite di sopra relativamente agli effetti di una obbligazione divisibile, ed indivisibile ricevono la loro applicazione anche nelle stipule penali. Così: *quando l' obbligazione principale contratta con clausola penale ha per oggetto una cosa indivisibile, s'incorre nella pena per la contravvenzione di un solo degli eredi del debitore; e può domandarsi o per l' intiero contra il contravventore, o contra ciascun coerede per la rispettiva quota, e porzione, ed anche ipotecariamente per lo tutto, salvo il regresso contra colui, pel cui fatto si è incorsa la pena.* Pothier secondando il sentimento di Dumoulin (1) dice che il

---

(1) *Num.* 357.

contravventore giustamente è tenuto al totale della pena, giacchè in altro caso non si potrebb' evitare un circuito di azioni. Il creditore perciò dev' essere ammesso a costringere il contravventore a pagare non solamente per la sua parte, ma per quella anche de' suoi coeredi, che da lui dovrebbero essere indennizzati. Se l' obbligazione primitiva è indivisibile, come potersi esentare dal pagare il totale della pena? L' opposta dottrina poi è sanzionata nell' articolo 1186 relativamente alla convenzione nella quale si deduce nella stipula una cosa indivisibile. Difatti se l' obbligazione principale è divisibile, ciascun degli eredi, o de' coobbligati non potrà nella totalità essere convenuto, ma bensì sarà tenuto nella sua parte. Coloro, i quali hanno soddisfatta la primitiva obbligazione non potranno essere sottoposti ad alcuna pena. Si deve però avvertire aver qui luogo il disposto dell' articolo 1174 num. 5.°, cioè divenire indivisibile una obbligazione divisibile, *quando risulti essere stata intenzione de' contraenti, che il debito non possa soddisfarsi partitamente.* In questo caso l' obbligazione perciò che riguarda la esecuzione deve considerarsi indivisibile. Per conseguenza la pena per intero può essere esatta da colui che pose ostacolo all' adempimento della condizione. Ecco le parole dell' articolo: *quando l' obbligazione principale contratta sotto una pena è divisibile, non incorre nella pena se non quell' erede del debitore che contravviene, e per*

Digitized by Google

la parte sola cui era tenuto, nè vi è azione contra coloro che l' hanno eseguita.

Questa regola ammette eccezione, allorchè essendo stata apposta la clausola penale ad oggetto, che non si possa dividere il pagamento, un coerede abbia impedito che un' obbligazione venisse nel tutto adempita: in tal caso può esigersi da essi la pena intera, e dagli altri eredi la sola porzione, salvo a questi il regresso.

CAPITOLO V.

Della estinzione delle obbligazioni.

Dopo di aver il codice spiegato il modo come si formano le obbligazioni convenzionali, e ciocchè si crede necessario per dichiararle valide, quali siano i loro effetti, loro differenti specie, e modificazioni, è cosa ragionevole, parlare al presente, come simili obbligazioni restano estinte. Nell' articolo 1187 sono rapportate simili maniere.

Le obbligazioni si estinguono, 1.° col pagamento; 2.° colla novazione; 3.° colla remissione volontaria; 4.° colla compensazione; 5.° colla confusione; 6.° colla perdita della cosa; 7.° colla nullità, o colla rescissione; 8.° per effetto della condizione risolutiva, spiegata nel precedente articolo; 9.° colla prescrizione, che farà il soggetto di un titolo particolare.

Sezione I.

Del pagamento.

§. 1.

Del pagamento in generale.

SOMMARIO.

I. *Cosa s' intenda per pagamento: Colui, che paga, deve ciò fare o per un debito proprio o alieno: nella non esistenza del debito, se paga, si dà luogo alla ripetizione: Se colui, che paga deve esser proprietario della cosa, che vuole dare nelle mani del creditore: se debba aver la facoltà di alienare.*

II. *A chi deve farsi il pagamento: se fatto ad una persona non autorizzata a riceverlo possa divenire valido: se debba colui al quale si paga esser capace di ricevere. Il creditore non può esser costretto a ricevere una cosa diversa da quella dedotta nella stipula, nè riceverla partitamente: In quale stato, e in quale luogo debba consegnarsi la cosa dovuta: le spese a carico di chi devono correre.*

Digitized by Google

Art. 1188. *Ogni pagamento suppone un debito. Ciocchè fu pagato senza essere dovuto, è soggetto a ripetizione.*

La ripetizione non si ammette riguardo alle obbligazioni naturali, che si siano volontariamente adempiute.

I. La dottrina compresa in questo articolo poggia sopra del principio dell' equità naturale rapportato da Pomponio (1): *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento, et injuria fieri locupletiorem.* In seguito di che negli articoli 1330, 1331 è disposto: *chi o per errore o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto, si obbliga a restituirlo a colui, dal quale lo ha indebitamente ricevuto. Quando uno, che per errore si credea debitore ha pagato un debito, ha il dritto della ripetizione contro il creditore.* Su questo fondamento è piantato l' articolo 1188, allorchè dice, che ogni pagamento suppone un debito, e che tuttocciò che fu pagato senza essere dovuto è soggetto a ripetizione. Siccome poi colui, il quale è naturalmente obbligato è realmente debitore, nonostante che il creditore non abbia alcun' azione a costringere il debitore, perciò nella seconda parte dell' articolo è detto: *la ripetizione non si ammette*

(1) *De regulis juris.*

riguardo alle obbligazioni naturali, che si siano volontariamente adempiute. Basta quì l' aver semplicemente accennato il principio, giacchè il codice dall' articolo 1330 sino al 1333 espone diffusamente tali dottrine, le quali saranno in appresso analizzate.

Art. 1189. *Le obbligazioni possono essere estinte col pagamento fatto da qualunque persona....*

Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo....

La parola pagamento si può prendere in un senso generale, o particolare.

Presa in un senso largo abbraccia la soddisfazione del debito in qualunque maniera sia fatta, cioè liberare il reo da quel vincolo civile, che nasce dalle obbligazioni: *liberationis verbum eamdem vim habet quam solutionis....solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipientem placet.* In questo senso la compensazione, la novazione ec. sono tante specie di pagamenti, o di quelli ne tengono il luogo. Presa poi in un senso particolare, o stretto il pagamento *est vera praestatio ejus quod debetur.*

Il principale effetto del pagamento, è quello di estinguere l' obbligazione. Allorchè l' obbligazione è di fare qualche cosa, allora si annienta l' obbligazione, quando il debitore avrà fatta la cosa, di cui si era obbligato. È evidente che chi ha soddisfatto alla sua obbligazione resta da quella sciolto, onde ne viene che il pagamento reale, il quale non è altro che

Digitized by Google

l'adempimento della obbligazione, è il modo più naturale onde si possono estinguere le obbligazioni.

Art. 1190. *L'obbligazione di fare non può adempirsi da un terzo....*

Perchè il pagamento sia valido non è necessario che si faccia dal debitore, o da qualche altra persona da lui incaricata. Qualunque sia la persona, che paga quando anche non avesse alcun ordine del debitore, quando anche pagasse a dispetto di questo, purchè lo faccia a nome del debitore, resta estinta l' obbligazione. *Solvere pro invito, et ignorante cuique licet, cum sit jure civili constitutum, licere etiam ignorantis, invitique meliorem conditionem facere.* Così scrisse Cajo (1). Il codice civile lo stesso sanziona: Eccone le parole: *le obbligazioni possono essere estinte col pagamento fatto da qualunque persona, che vi abbia interesse, come da un' obbligato, o da un fidejussore.*

Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non abbia interesse, se questo terzo agisca in nome, e per la liberazione del debitore, o se agendo in nome proprio, non lo faccia per subentrare ne' dritti del creditore.

Il creditore non può rifiutare senza legittima causa il pagamento, che gli è offerto da un terzo a nome del debitore: poco a lui interessa l' esser pagato dal

(1) *L.* 55. *de solutionibus.*

suo debitore, o da un terzo. Se il creditore si negasse di ricevere, questo terzo potrebbe fare delle offerte colla citazione; che anzi Marcello (1) dice che il creditore è costituito in mora. Questa stessa dottrina è adottata tanto da Pothier (2), che da Toullier (3).

Se però colui, che paga intendesse di conseguire la cessione delle azioni verso del debitore, il creditore potrebbe negarsi a ricevere il pagamento. È questa una dottrina di Labeone (4). Colui che paga *invito, vel ignorante debitore* non ha l'azione *negotiorum gestorum* (5). La ragione è la seguente. Il dritto di colui che paga dovrebbe nascere da un quasi contratto, cioè dal consenso presunto del debitore: ora essendosi il debitore dichiarato di non volere che questo terzo pagasse, niun' azione ne può nascere. Quindi nell'articolo 1189 dopo di essersi rapportate le maniere, come si possa il pagamento non rifiutare dal creditore, allorchè un terzo si presenta a nome del suo debitore, si dichiara che se questo terzo *il pagamento lo faccia per subentrare ne' dritti del creditore, potrà rifiutarlo*. In questo caso non è un

---

(1) *L.* 72. *de solutionibus*.
(2) *Num.* 464.
(3) *Num.* 11. *dell' estinzione delle obbligazioni*.
(4) *L.* 43. *de negotiis gestis*.
(5) *L.* 8. *de negotiis gestis*.

Digitized by Google

pagamento che si pretende, ma un trasferimento, una cessione di un credito, ed in questo caso si verifica ciò ch' è disposto nell' articolo 1535. Non solamente il terzo può estinguere col pagamento un debito altrui che consiste nel dare, ma benanche può adempire alla obbligazione di fare, quante volte per il creditore sia cosa indifferente, o che il fatto si presti dal vero debitore, o da un terzo. Così se si fosse convenuto di scavare un fosso: ciò però ha luogo purchè non vi sia stata una convenzione in contrario (1). Che se poi nel fatto da prestarsi si fosse considerata l' abilità, il talento personale dell' artefice, come sarebbe in un pittore, in un scultore, in questo caso non avrebbe luogo questa dottrina. A ragione dunque è detto nell' articolo 1190: *l' obbligazione di fare non può adempirsi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse, che venga adempiuta dal debitore medesimo.*

Art. 1191. *Per pagare validamente, è necessario esser proprietario della cosa data in pagamento, ed esser capace di alienarla. Nondimeno non si può ripetere il pagamento....*

L' effetto principale del pagamento è quello di annientare il debito. Discarica non solamente la persona del debitore dai legami della sua obbligazione, ma benanche le fidejussioni, e le cauzioni, restano

(1) *L.* 31. *de solutionibus.*

liberi i beni ipotecati per sicurezza del debito, giacchè le obbligazioni accessorie non possono sussistere quando le principali sono cadute. Se però il debito non è pagato che in parte, l'obbligazione accessoria sussiste nel dippiù, e seguitano le ipoteche a gravitare sulla totalità de' beni obbligati. È noto in dritto essere la ipoteca indivisibile, ed il dritto del creditore non dividersi, ancorchè si divida il debito.

Concordemente gli antichi scrittori, e fra gli altri Pothier (1) riferiscono tra i principali effetti del pagamento quello del trasferimento del dominio, che fa il debitore nelle mani del creditore. Da questo principio essi ricavano due conseguenze, cioè che per pagare validamente, è necessario 1.° *essere proprietario della cosa data in pagamento*; 2.° *esser capace di alienarla* (2).

Una simile dottrina era ammissibile, quando erano in osservanza le leggi romane nelle quali era stabilito *non pactis, et stipulationibus, sed traditionibus dominia rerum transferuntur*. Ma ora che cogli articoli 711 è detto che la proprietà de' beni si acquista, e si trasmette per effetto delle obbligazioni, e nell'articolo 1092 si stabilisce che *l'obbligazione di consegnar la cosa è perfetta col solo consenso de' contraenti, e che tale obbligazione costituisce proprieta-*

(1) *Num.* 458.
(2) *Art.* 1191.

Digitized by Google

rio il creditore , e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento, in cui dovrebb' essere consegnata, quantunque non sia seguita la tradizione, dippiù nell' articolo 862 dicesi che la proprietà delle cose donate s' intenderà trasferita nel donatario senza la necessità di *formale tradizione*, e dopo di essersi detto nell' articolo 1428 perfezionarsi la compra, e vendita fra le parti, e che la proprietà si acquista di dritto dal compratore riguardo al venditore, appena che siasi convenuto della cosa, e del prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizion della cosa, nè sia pagato il prezzo, non si capisce come mai non ancora siasi riflettuto, non essere uniforme allo spirito del codice civile, il principio sanzionato per inavvertenza nell' articolo 1191 , cioè che il debitore debba essere proprietario della cosa , che paga. Ora se il dominio è trasferito nelle mani del creditore mediante l' obbligazione, come potea quello restare nelle mani del debitore? Questo dovrà consegnar la cosa , dovrà conservarla sino a che sarà consegnata sotto pena del risarcimento de' danni, ed interessi contro il creditore , come è disposto nell' articolo 1090. Non sfuggì all' acutezza dell' ingegno di Toullier questa dottrina. Lo stesso nel numero 6.° capitolo 5.° dell' estinzione delle obbligazioni, dice » Noi pensiamo che bisogna dire, e tener per massima ne' principj del codice, che il pagamento non è un' alienazione, non esser necessario per la validità del pagamento che il de-

bitore sia proprietario della cosa. Nel caso che dalle mani del creditore fosse evitta la cosa, la quale si consegnò dal debitore al creditore, questo potrà sperimentare un'azione contro del debitore com' è disposto nella legge 94 *de solutionibus*. Io però opino doversi adottare il sentimento di Toullier, ma con qualche modificazione.

Non è sempre vero che in forza della obbligazione si produca il trasferimento del dominio. Nell' articolo 1095 si parla della cosa mobile venduta a due persone, e si dice, *quegli fra di essi, cui ne fu dato il possesso reale sarà preferito, e resterà proprietario, ancorchè il suo titolo sia posteriore di data.* Quindi bisogna distinguere tra l' obbligazione di dare una cosa immobile, e quella di dare una cosa mobile: Più tra l' obbligazione di dare una cosa certa, ed una cosa incerta.

Nella seconda parte dell'articolo 1191 si dice: *nondimeno non si può ripetere il pagamento di una somma di danaro, o di altra cosa che si consumi coll' uso, contra il creditore che l' abbia consumata in buona fede, quantunque il pagamento sia stato fatto da chi non era proprietario, o non era capace di alienarla.* Da queste parole due cose si ricavano: la prima, che se una persona faccia un pagamento, dando una cosa non sua, purchè non sia una somma di danaro, o di altra cosa, che si consumi coll' uso e che il creditore l' abbia consumata in buona fede,

Digitized by Google

possa ripeterla: la seconda aver luogo ancora simile ripetizione, quante volte colui che ha pagato *non era capace di alienarla.* La prima osservazione non ammette dubbio alcuno dovendo il debitore pagare il creditore colle sue proprie cose, e non colle aliene. Quindi il creditore, che soffre una evizione, cioè è spogliato della cosa datagli dal debitore, avrà il regresso contro del medesimo, per essere realmente soddisfatto. Toullier non trova soddisfacente al suo gusto, cioè che non possa soddisfarsi un debito con la tradizione della cosa dedotta nella stipula da colui che non era capace di alienarla. Così egli finge il seguente caso: una donna maritata non autorizzata paga una somma, che legittimamente si dovea dal suo marito, oppure consegna una cosa da lui venduta, il pagamento, o la tradizione è valida, quante volte il debito non sia pagato prima della scadenza. Il marito non verrà ammesso a ripetere la somma, o la cosa contro del creditore, ancorchè non sia stata consumata. In questo caso il marito che domanda la ripetizione della cosa, come indebitamente pagata, il debitore si difenderà mediante l'eccezione, o mediante la riconvenzione, in domandando di ritener la cosa, come legittimamente dovutagli. La stessa dottrina, lo stesso autore, dice essere applicabile al minore, che paga senza l'autorità del suo tutore.

Art. 1192. *Il pagamento dee farsi al creditore....*

Il pagamento fatto a colui, che non abbia facoltà di riceverlo pel creditore....

Art. 1193. *Il pagamento fatto in buona fede....*

Art. 1194. *Non è valido il pagamento fatto al creditore, se questi fosse incapace a riceverlo.*

Dall'articolo 1192 venghiamo in cognizione che il pagamento dal debitore debba farsi propriamente al creditore, e se mai sia fatto a persona incapace a riceverlo, è detto nell'articolo 1194, *non esser valido tal pagamento*. Può anche verificarsi esser valido il pagamento fatto non in persona del creditore, o fatto a persona incapace, quante volte la persona a cui si paga sia da lui, o dal giudice, o dalla legge autorizzata a riceverlo. Così se il debitore del minore paghi al tutore, se quello della moglie paghi al marito, o si paghi agli amministratori de' pubblici stabilimenti: questi sono autorizzati dalla legge a ricevere. Il consegnatario, i sindaci di una fallita sono autorizzati dal magistrato. Sono autorizzati a ricevere, mediante una procura, nonostante che il mandatario non sia munito di un mandato speciale di ricevere, basterà che sia incaricato dell'amministrazione di tutti i beni. Così rispose Ulpiano (1). Deve però il debitore essere a giorno della verità del mandato, giacchè colui, il quale paga ad un procuratore, che abbia un falso mandato non resta libero dalla obbligazione, non avendo il dritto di rimproverare il creditore. In taluni rincontri basta anche il mandato

(1) *L. 12. de solutionibus.*

Digitized by Google

Ciò non sempre ha luogo V. Voet de solution. n° 3.

tacito, ed a questo mandatario pagandosi, resta libero il debitore. Così colui che paga all' usciere, il quale vuol procedere ad un sequestro, resta libero dalla obbligazione. Il procuratore però *ad lites*, sebbene incaricato a procurare che il debitore venghi costretto al pagamento, pure non è autorizzato a ricevere. Così rescrisse Paolo (1), eccone le parole: *Hoc jure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur.* Se poi siasi pagato ad una persona incapace, il pagamento dicesi non esser valido, *purchè il debitore non provi la versione a vantaggio del creditore.*

La prova che il pagamento sia tornato a vantaggio del creditore, non resterà provato dal che ne abbia il creditore profittato nel caso quello avesse sofferta la perdita de' dritti civili in seguito di una condanna. Si è detto già che il debitore debb' esser persona capace a ricevere. Se però il pagamento fatto a tal creditore si provasse esser tornato ad utile della sua successione, il pagamento sarebbe valido. È valido benanche se mai sia stato fatto ad un creditore accusato, ma non ancora condannato. Dice a tal proposito Papiniano: *reo criminis postulato, interim nihil prohibet recte pecuniam a debitoribus solvi: alioquin plerique innocentium necessario sumptu egebunt.* Nella seconda parte dell' articolo 1192 si dice: *il pagamento fatto a colui che non abbia facoltà di riceverlo pel credi-*

(1) *L.* 86. *de solutionibus.*

tore, diviene valido, quando costui lo ratifichi, o se abbia profittato: *Ratihabitio pro mandato valet, et confirmat ea, quae antea gesta sunt* (1).

Finalmente nell' articolo 1193 è detto: *il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito, è valido, ancorchè il possessore, ne soffra di poi l' evizione.* La disposizione compresa in quest' articolo è uniforme alla legge romana, ed è fondata su di un giusto rispetto che le leggi accordano al possesso. Il possessore è riputato proprietario della cosa fino a che in seguito di una sentenza, non venghi condannato a rilasciarla. Il debitore non è dalla legge autorizzato a muovere controversia sulla proprietà della cosa contro del possessore. A potere il possessore esigere, non è necessario che esibisca il titolo della proprietà che possiede, basta solamente provare che il suo possesso sia pubblico, sia pacifico, e di durata più di un' anno. Ora se questa prova milita contro il vero proprietario, tanto più deve aver luogo in questa causa.

Art. 1195. *Il pagamento fatto dal debitore al suo creditore in pregiudizio di un sequestro, o di un'atto di opposizione, non è valido a riguardo de' creditori sequestranti, o opponenti : questi a proporzione de' loro dritti possono astringerlo a pagare di nuovo; salvo in tal caso il regresso contra il creditore.*

---

(1) *L. 2. cod. ad Senatusconsultum. Macedoniarum.*

Digitized by Google

Se per essere valevole il pagamento dev'esser fatto al creditore, o a coloro, che dal medesimo ne sono stati autorizzati a ricevere dallo stesso, il debitore non può pagare al creditore, allorchè ciò facendo pregiudicarebbe ai dritti di un terzo legalmente conosciuto. Quindi ragionevolmente nell'articolo si dice non esser valido tale pagamento, quando è fatto in pregiudizio di un sequestro, o di un'atto di opposizione a riguardo de' creditori sequestranti, o opponenti. Se mai il debitore altrimenti facesse, questi creditori opponenti, o sequestranti possono astringerlo a pagare di nuovo, salvo in tal caso soltanto il regresso contro del creditore. Se il debitore non può pagare al creditore quante volte quello ch'esso deve è stato sequestrato dai creditori del di lui creditore, maggiormente è impedito di pagare, quante volte i suoi beni sono stati sequestrati dai suoi proprj creditori. È noto in dritto, che tutti i beni sequestrati, ed annotati divengono la garantia comune di tutti i creditori sequestranti, o intervenienti nel sequestro. Niuno di essi può ricevere cosa alcuna per mano del debitore, ma dev' esser soddisfatto, o secondo l' ordine convenuto tra essi, o determinato dalla giustizia. Se il debitore si permettesse di disporre di qualch' effetto sequestrato, e pagarlo ad una de' suoi creditori sequestranti, o non sequestranti, gli altri potrebbero costringere questo a rapportar nella massa degli effetti compresi nell' annotamento, e si considerarebbe la cosa come indebitamente pagata.

Art. 1196. *Il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella, che gli è dovuta....*

Art. 1197. *Il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè divisibile.*

Si è detto di sopra nell'articolo 1088 che le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro, che le han fatte. Quindi non dev' essere nella libertà del debitore di offrire al suo creditore una cosa diversa da quella convenuta. Non ha luogo la dottrina compresa nella novella quarta capitolo 3.° nella quale era ordinato da Giustiniano, che se mai il debitore non abbia nè danaro contante, nè mobili, possa offerire un fondo al creditore, e restare così sciolto dalla obbligazione. Il creditore potrà provocare la spropriazione del fondo, oppure aggiudicarselo, ma non giammai, che il debitore possa costringere il creditore a riceverselo.

Lo stesso principio regola l'articolo 1197 nel quale dicesi: il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè divisibile. Questa regola ci porta ad un'altra osservazione, cioè di non potere il debitore offerire la somma principale, se quella produce degl' interessi. Questi sono un'accessorio, che il debitore deve pagare col capitale, senza i quali il creditore può rifiutare di riceverselo. Difatti nell'articolo 1211 nu-

ed by Google

mero 3.°, parlandosi dell' offerta dicesi che per essere quella valida è necessario che comprenda l'intera somma esigibile, i frutti, o gl'interessi dovuti.

La dottrina però di sopra esposta non è applicabile al caso, in cui il debitore fosse obbligato a diversi debiti per diversi rami. In questo caso può estinguere un'obbligazione pagando ciò che in quella avea convenuto, nè il creditore si può rifiutare, sotto pretesto di voler per intiero, quanto se gli dovea nelle diverse obbligazioni. Quindi osserva Toullier (1), che se mai un debitore fosse obbligato per l'attrasso di più anni d'interesse, potrebbe il debitore pagare una sola annata, nè il creditore potrebbe rifiutarsi, nonostante che più annate d'interesse si fossero scadute a di lui vantaggio. Molte volte vi ha del grande interesse del debitore in ciò fare, volendo così evitare una pena, qual sarebbe quella espressa nell'articolo 1784 nel quale è detto che il debitore di una rendita costituita per il corso di due anni, se cessa dallo adempire i suoi obblighi, possa esser costretto al riscatto. Questa dottrina però non è applicabile, quante volte il debitore volesse pagare l'ultima annata dell'interesse, e lasciare in piedi ciò che dovea anche a ragion d'interessi. La ragione è data da Dumoulin, ed è la seguente, *ne rationes ejus conturbentur.*

---

(1) *Num.* 69. *cap.* 5. *della estinzione delle obbligazioni.*

Nella seconda parte dell' articolo si rapporta una eccezione concepita colle seguenti parole. *Pur nondimeno i giudici, avendo riguardo alla situazione del debitore, ed usando di questa facoltà con molta riserba, possono accordare dilazioni moderate pel pagamento, e sospendere l' esecuzione giudiziale, rimanendo ogni cosa nel suo stato.*

Il dritto di accordar delle dilazioni al debitore è un' attribuzione, che compete al potere giudiziario. La domanda di una dilazione è per parte del debitore una scusa; la quale non può essere valutata che dai Tribunali. Su questo principio è poggiata la dottrina compresa nella seconda parte di quest' articolo. Sapendo però il legislatore, che *optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis, optimus judex qui minimum sibi*, come disse Bacone da Verulamio (1), ha stabilito che i giudici potessero usare di tal dritto, avendo riguardo alla situazione del debitore ed usando di questa facoltà con molta riserba. Ordina però la legge che i giudici possono accordare dilazioni moderate pel pagamento, e sospendere l' esecuzione giudiziale, rimanendo ogni cosa nel suo stato. Questa disposizione, la quale sembra esser dettata dalla umanità è molto impolitica, e mentre distrugge il credito, e la fiducia, fomenta la cabala, i pretesti, e

---

(1) *De augm. scient. tract. de justitia universali Aphoris.* 46.

gli ragiri, per cui vanno a terra le speranze de' creditori, e preparano la rovina del debitore. Dicendo l' articolo, *poter il giudice accordare delle moderate dilazioni*: si è cercato di sapere sino a qual tempo una tal dilazione possa prolungarsi. In Francia, secondo il disposto dell'ordinanza dell'anno 1669 non più di tre mesi poteano i giudici accordare al debitore. Questa legge però non ha luogo presso di noi. Ma siccome nell' articolo 2118 è stabilito che il giudice, quante volte un debitore con scritture autentiche di affitto provasse, che la rendita netta, e libera de' suoi immobili nel corso di un' anno basti al pagamento del capitale dovuto, degl' interessi, e delle spese, e ne offra la delegazione al creditore, possa il giudice sospendere ogni procedimento contro il debitore; così potrebbe dirsi, che la dilazione non possa oltrepassare lo spazio di un'anno. Maleville (1) sostiene che se mai siasi convenuto mediante una stipula, che non sia permesso al debitore di domandare una simile dilazione, quest'autorità in tale caso è negata ai giudici. Del resto se si osservino i processi verbali si rileverà, quanto fu acremente discussa una simile quistione (2).

---

(1) *Analisi sull' art.* 1244.

(2) Toullier *num.* 668. *tom.* 6. *cap.* 4. *delle diverse specie di obbligazioni*: più *tom.* 7. *num.* 71. *cap.* 5. *della estinzione delle obbligazioni.*

Art. 1198. *Il debitore di una cosa certa, e determinata viene liberato. . . .*

Art. 1199. *Se il debito sia di una cosa determinata soltanto per la sua specie. . . .*

La dottrina compresa nell'articolo 1198 è una conseguenza delle dottrine, le quali furono spiegate nella sezione seconda della obbligazione di dare. Giustamente quì dunque si dice che il debitore di una cosa certa, e determinata viene liberato, consegnandola nello stato in cui si trova nel tempo della tradizione, e siccome nell' articolo 1090 dicesi che l'obbligazione di dare include quella di consegnar la cosa, e di conservarla sino a che sarà consegnata sotto pena del risarcimento de' danni, ed interessi verso il creditore, perciò l'articolo soggiunge, *purchè i deterioramenti sopravvenuti non derivino da suo fatto*, o *da sua colpa*, *nè dalle persone di cui deve rispondere*, *e purchè non fosse in mora*, *prima de' deterioramenti.*

La stessa dottrina non ha luogo allora quando si debba pagare una cosa determinata soltanto per la specie, il creditore non potrà pretendere un cavallo, un bove de' migliori, che avesse, in questo caso *per essere liberato* non è tenuto a darla della specie migliore, ma non potrà darla neppure della peggiore. Questa dottrina deriva dall' articolo 1115, nel quale dicesi: nel dubbio la convenzione s'interpetra contro colui, che ha stipulato, ed a favore di quello, che ha contratta l' obbligazione.

Se il debito sia relativo al pagamento di una somma di danaro, il debitore potrà pagare in oro, o in argento, ancorchè avesse confessato di aver ricevuta moneta di oro. La massima da valere in questa materia si è quella, che il debitore è tenuto al *tamtumdem*, *non in idem*. Non è però permesso al debitore di pagare al suo creditore in moneta platéaria, ossia in moneta di rame. Si sa, ehe una simile moneta *non esse factam ad commercia exercenda*, *et solvenda debita*, *sed solum ad commutandum majores nummos*, *vel supplendum*, *quod excurrit quando minutum aliquid addendum*, *vel detrahendum est summae*, *vel pretio*. Questa dottrina si può vedere presso di Merlin (1). Più presso di Voet (2).

Ma che dirsi, se mai la cosa obbligata non possa realmente darsi, avendo quella perduta la sua esistenza per colpa o mora del debitore? In questo caso il creditore ha due azioni, cioè quella di reclamare il prezzo della cosa, e l' altra per avere il *quantum interest*, cioè una indennità per ragion della perdita, che gli ha causata la non esecuzione dell'obbligazione. Per potersi però fissare il valore della cosa, siccome il prezzo varia secondo i luoghi, e secondo i tempi, così non dovendo la mala fede del

---

(1) *Quest. di dritto mot. pagamento* §. 3.

(2) *In Pandectis lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 23.
Bynchersoek *observationum lib.* 1. *cap.* 9.

debitore arrecar danno al creditore, perciò bisogna qui adottare talune riflessioni rapportate da Toullier (1). Se l'obbligazione è pura, e semplice, il prezzo della cosa dedotta, deve valutarsi per quel che è all'epoca della domanda. In questo caso l'obbligazione è pagabile secondo la richiesta del creditore.

Se la cosa è ribassata di prezzo, il creditore deve a se imputare il non averla prima domandata. Non ha di che lagnarsi il debitore, se il prezzo della cosa sia avanzato, mentre potea pagare prima della domanda.

Se l'obbligazione è a termine, siccome il termine fa parte della obbligazione, così è da presumersi, che le parti abbiano tra di loro convenuto di pagar la cosa a quella ragione, che valerebbe nella scadenza del termine (2). Se le obbligazioni poi sono condizionate, il prezzo sarà fissato dall'epoca della verifica della condizione.

Art. 1200. *Il pagamento deve effettuirsi nel luogo destinato dalla convenzione. . . .*

Art. 1201. *Le spese del pagamento sono a carico del debitore. . . .*

Il debitore non può obbligare il creditore, nè il creditore costringere il debitore a pagare in un'altro luogo diverso da quello che nella convenzione si è

---

(1) *Num.* 59. *a* 63.

(2) *Si veda* Toullier *L. c.*

apposto. È tanto vera la ridetta dottrina, che nell'articolo 1250 si stabilisce che quando i due debiti reciprocamente si estinguono mediante la compensazione, questa non si può opporre altrimenti che bonificando le spese di trasporto al luogo, ove deesi fare il pagamento. Se poi nella convenzione non sia stato destinato il luogo, e trattandosi di cosa certa, e determinata, il pagamento dee farsi nel luogo, ove al tempo del contratto si trova la cosa, che ne forma l'oggetto. Fuori di questi due casi il pagamento dee farsi *nel domicilio del debitore*. Bisogna però avvertire non essere necessario che espressamente sia dichiarato il luogo, dove il pagamento dovea farsi. Può anche questo tacitamente risultare dalla natura delle obbligazioni, e dagli accessorj della sua esecuzione (1).

Le spese del pagamento sono a carico del debitore, cioè deve pagare la carta bollata. Che se poi vuole una quietanza notariale, le spese della redazione devono essere a suo carico. Se si contenta di una quietanza privata, il creditore non potrà negarla (2).

---

(1) Merlin *Repert. univers. mot. legs. sez.* 5. §. 2. *num.* 4.

(2) Sirey *tom.* 2. *part.* 1. *pag.* 33. : più *tom.* 9. *part.* 2. *pag.* 18. §. 2. *del pagamento con surrogazione.*

§. II.

Art. 1202. *La surrogazione ne' dritti del creditore a favore di un terzo, che gli fa il pagamento è convenzionale, o legale.* . .

Art. 1203. *La surrogazione è convenzionale.*

1.° *Quando il creditore.* . . .

2.° *Quando il debitore prende a prestito una somma.* . . .

L'effetto ordinario del pagamento è quello di estinguere l'obbligazione, e di liberare il debitore da quel vincolo legale dal quale era astretto, mediante la convenzione. Può però accadere che il debitore, mediante il pagamento fatto da un terzo non estingua l'obbligazione, e non operi che un cambiamento nella persona del creditore, i di cui dritti restano trasfusi nella persona di colui, il quale ha pagato. Ciò si verifica, allorchè il terzo, che paga è surrogato ne' dritti del creditore, o per servirci delle espressioni non del dritto canonico, ma delle leggi romane, *succede a tali dritti.* Questa sostituzione ossia successione ai suoi dritti di un nuovo creditore, dicesi *surrogazione*, la quale differisce dalla delegazione, che si verifica, quando all'antico debitore se ne sostituisce uno nuovo. Quindi nella surrogazione si cambia la persona del creditore: nella delegazione si cambia quella dal debitore. Nell' articolo 1202 si

Digitized by Google

dice che la surrogazione si opera, o per effetto della convenzione, e dicesi *convenzionale*, o per effetto della legge, e chiamasi *legale*. Si vede chiaramente che il nuovo codice non accordò ai giudici il dritto di poter surrogare.

Nel codice si stabilisce che la surrogazione convenzionale sia di due specie, cioè 1.° *quella che si opera, mediante una convenzione col creditore senza il consenso, o col consenso del debitore*: 2.° *quella che si fa col debitore, senza il concorso del creditore.*

Con molta precisione il codice distingue queste due specie di surrogazioni, le quali non sono però poggiate su i medesimi principj, e non si operano nella stessa maniera. La prima ha luogo, allora quando *il creditore ricevendo il suo pagamento da una terza persona, la surroga ne' suoi dritti, azioni, privilegj, o ipoteche contro il debitore.*

Dal detto si vede che questa surrogazione non estingue *i dritti, le azioni, i privilegj, ed ipoteche del creditore*, ma bensì questa li trasferisce al terzo, che lo paga, mediante la somma ricevuta in pagamento, ch' è il prezzo della cessione. Il cessionario quelle esercita a suo nome nella stessa maniera che si facea dall' originario creditore. Soggiunge però l'articolo 1203 n. 1.° che *tale surrogazione debbe essere espressa, e contemporanea al pagamento.* Si deve però aggiungere a queste due condizioni che la surrogazione dev' essere fatta a beneficio di un terzo,

al quale il creditore deve passare i titoli del credito.

Ma se è vero che il pagamento estingua l' obbligazione chiaramente apparisce che seguito il pagamento il creditore non ha più dritto, e potere di trasmettere ciò ch' egli non ha, avendo tutto perduto, mediante il pagamento. Toullier sostiene che se mai s' interponesse un qualche intervallo di tempo tra la surrogazione, ed il pagamento, inutile riuscirebbe la surrogazione, percui sostiene che tale cessione debba farsi nel medesimo tempo, in cui si fa il pagamento.

La seconda condizione è che debba essere espressa la surrogazione.

Non basta il dirsi dal creditore di aver ricevuta la somma da Tizio, ed ancorchè nella quietanza dicesse, salvo il ricorso contro di colui, a cui vantaggio ha pagato, pure non seguirebbe la surrogazione. Il creditore deve espressamente dire, che surroga colui, che lo paga ne' dritti, e ragioni, che egli vantava contro del suo creditore. La surrogazione racchiude una convenzione tra colui che paga, ed il creditore che surroga in ricevendo il pagamento. È una vendita, che questo fa del suo credito. Poco importa, se il creditore venda, o surroga: sono queste sinonime espressioni (1). Il cessionario rappresenta la

(1) Dumoulin *contract. usur. quaest.* 89. 49. *num.* 345., *e* 670.

Digitized by Google

persona del creditore cedente. Conchiude quindi Toullier (1) non esservi alcuna differenza tra la cessione, e la surrogazione, e ributta con una lunga discussione l'opinione di coloro, i quali sostengono l'opposto sentimento.

La terza condizione relativamente alla validità della surrogazione, consentita dal creditore, o piuttosto per renderla perfetta è la tradizione de' titoli giustificativi del credito nelle mani del cessionario. Questa consegna è necessaria per rendere il surrogato proprietario de' dritti ad esso ceduti, e per impedire che un creditore di mala fede non abbia a cedergli ad una seconda persona che sarebbe poi preferita al primo com'è detto nell' articolo 1095, giacchè, come si è spiegato nell'articolo 452, i dritti, e le azioni a poter esigere danaro, o altro mobile è classificato nel numero delle cose mobili relativamente agli oggetti, a cui si riferiscono, e secondo l' articolo 1453 la tradizione de' dritti incorporali si esegue o col consegnare i titoli, o coll' uso che ne fa il compratore di consenso col venditore. In ultimo si avverte che a norma dell' articolo 1536 il dritto del cessionario rispettivamente al terzo non comincia, se non quando denuncia al debitore la cessione.

Nella seconda parte dell' articolo 1203 si parla del caso in cui *il debitore prende a prestito una somma*

---

(1) *Num.* 119. *l. c.*

ad oggetto di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante a' dritti del creditore. Soggiunge l' articolo. *Perchè sia valida tal surrogazione è d' uopo che la scrittura di prestito e la quietanza si facciano innanzi Notajo; che nella prima si dichiari di essersi tolta a prestanza la somma per fare il pagamento; e che nella quietanza si dichiari di essere stato fatto il pagamento con danari somministrati a tale effetto dal nuovo creditore.* Nell' articolo si dice: *doversi nella quietanza dichiarare di essere stato fatto il pagamento con danari somministrati a tal effetto dal nuovo creditore.*

La legge intanto esige che una tale cessione venghi stipulata innanzi Notaro per assicurarne la data non solo, ma ancora per comprovare che la destinazione, e dichiarazione dell' impiego senza de' quali non può operarsi la surrogazione siano state fatte, mentre le cose erano nell' intiero, e che non vi sia stata frode alcuna. Quindi è necessario di esprimere nell' atto dell' impronto la cessione delle azioni. In caso opposto, se si dichiarasse con un' atto posteriore tale surrogazione, non avrebbe luogo.

Art. 1204. *La surrogazione ha luogo* ipso jure.

1.° *a beneficio di colui che, essendo egli stesso creditore, paghi ad un' altro creditore che abbia dritto di essergli preferito per cagion di privilegj, o ipoteche;*

2.° *a beneficio di colui che, avendo acquistato*

Digitized by Google

un' immobile, ne abbia impiegato il prezzo in soddisfazione de' creditori, a favore de' quali il fondo era ipotecato;

3.° a beneficio di colui che, essendo obbligato con altri, o per altri al pagamento del debito, abbia interesse di soddisfarlo;

4.° a beneficio dell'erede beneficiato che ha pagato di suo danaro i debiti ereditarj.

Art. 1205. *La surrogazione stabilita negli articoli precedenti ha luogo tanto contra i fidejussori, quanto contra i debitori: essa non può nuocere al creditore, allorchè non è stato pagato se non in parte. In tale caso egli può far valere le sue ragioni pel restante che gli è dovuto, in preferenza di colui dal quale ha ricevuto il pagamento parziale.*

Dopo di aver veduto le disposizioni relativamente alla surrogazione convenzionale, il codice espone nè due articoli 1204, 1205 le dottrine relative alla surrogazione legale. Colui che volontariamente, e senza alcuna necessità ha pagato il debito altrui, siccome fece una cosa utile al debitore, perciò coll' azione *negotiorum gestorum* domanda dal debitore a vantaggio del quale versò il suo danaro ciocchè pagò. Niente di più giusto. Ma non si vede una ragion sufficiente dalla quale si potesse ricavare esser seguito il trasferimento de' dritti, e delle ragioni, che il creditore avea contro del debitore. La sua intenzione si fu quella di amministrare gli affari ad utile del debitore egli non ebbe in mira il suo proprio interesse.

Altrimenti accade allora quando paga un debito, il quale sebbene non era suo proprio, pure avea dell' interesse a pagare per un' altro, oppure potea esserne costretto. Questo affare era suo proprio più tosto, di quello che del vero debitore, il quale si presume che avea l' intenzione di pagare. Avrebbe costui avuto il dritto di conseguire la cessione delle azioni, nè il creditore potea rifiutarsi, giacchè *quod tibi non nocet, alteri prodest, faciendum est.* Questo è stato il motivo, per il quale la legge più provvida dell' uomo ha stabilito, che in difetto di tale manifestazione di volontà, abbia a presumersi che avendo Tizio pagato un debito, il quale propriamente non era suo, ma avea però interesse che restasse estinto per esser surrogato ne' dritti del creditore.

A far dunque i conti si vede che la surrogazione legale è quella, la quale sebbene non arrechi nocumento alla persona, è però di pieno dritto accordata, e senz' alcuna stipulazione, e dalla sola forza di legge, in seguito della presunta intenzion dell' uomo, a vantaggio del quale ha pagato un debito, che propriamente parlando non era suo, ma per l' interesse che vi rappresentava, potea suo chiamarlo, oppure potea essere costretto a pagarlo.

Ma quali sono i casi, ne' quali la legge accorda tale surrogazione? Nell' antica romana legislazione varii erano simili casi, la giurisprudenza però non era in ciò uniforme. Il codice ha scelto delle opinioni più

Digitized by Google

ragionevoli, alle quali ha data forza di legge. Ha determinato i casi della legale surrogazione tassativamente, nè è permesso al giudice estendere la legale surrogazione dal caso espresso al caso ommesso. Si accorda a norma dell'articolo 1204 una simile surrogazione 1.° *a beneficio di colui che, essendo egli stesso creditore, paghi ad un'altro creditore, che abbia dritto di essergli preferito per cagion di privilegj, e d'ipoteche.* Nelle leggi romane, quando in un fondo varii creditori aveano assicurati i loro crediti, per cui vi erano i creditori anteriori, e posteriori, questi non poteano sperimentare le loro ragioni, se prima non fossero state attivate le ragioni del primo creditore. Fabro (1) disse *nullum jus habere intelligebatur, quamdiu jus primi creditoris subsistebat.* A togliere questo errore si autorizzò il creditore posteriore a pagare i creditori anteriori, ed essere surrogato ai dritti de' medesimi. Questo si chiama *jus offerendi.* Merlin (2) ne parla diffusamente. Si avverta che la legge accorda questa surrogazione legale quando un creditore posteriore paghi l'anteriore, non già quando l'anteriore soddisfacesse il posteriore. Le parole della legge indicano la disposizione manifestata, del resto non se ne capisce qual ne sia la ragione. Che anzi Toullier crede essere cosa più giusta accor-

---

(1) *De error. pramm. lib.* 1. *cap.* 1.

(2) *Repert. univers mot. dritto di offrire.*

darsi simile surrogazione, allorchè il creditore anteriore paghi il posteriore, di quello che accordarsi al posteriore che paghi l'anteriore; poicchè è cosa evidente che se egli in pagando un creditore anteriore, altra mira non ha, se non se quella di evitar le spese della lite, e di allontanare un creditore, che potea dargli dell' imbarazzo. Ora secondo l' attuale sistema ipotecario, devono classificarsi tutti i creditori ipotecarj inscritti, ed indi si procederà alla collocazione. Si vede che la stessa ragione assiste pe 'l creditore anteriore che paga il posteriore. È questa una svista presa nella redazione. Se ne spera l' emenda. La legge non distingue se sia un creditore ipotecario, o chirografario.

2.° *a beneficio di colui che, avendo acquistato l'immobile, ne abbia impiegato il prezzo in soddisfazione de' creditori, a favore de' quali il fondo era ipotecato.* È qui evidente la presunzion della legge, che colui il quale paga in tal modo i creditori altra mira non ha se non se quella di esser conservato nel possesso dell' immobile. È dunque giusto che se mai sia forzato ad abbandonare il fondo, non resti defraudato di ciò che ha pagato, e nella distribuzione che si farà del prezzo, per la nuova vendita, egli sia collocato nel luogo di quegli creditori, ai quali pagò.

Si avverta però che la legge dice che la surrogazione si accordi all' *acquirente* dell' immobile, che impiega *il prezzo* del suo acquisto per il pagamento di

Digitized by Google

quei creditori ai quali il fondo era *ipotecato*. Per operarsi dunque una tale legale surrogazione, bisogna che abbia pagato dopo fattone l' acquisto: che abbia pagato sul prezzo del fondo acquistato, e che abbia pagato un creditore, a cui il fondo era ipotecato (1).

3.° *a beneficio di colui che, essendo obbligato con altri, o per altri al pagamento del debito, abbia interesse di soddisfarlo.*

Questa disposizione si applica ai condebitori solidali che pagarono per i loro coobbligati: quindi è estensiva la disposizione a coloro i quali furono socii in una società a norma di quanto è disposto nel Cod. di commercio relativamente alle società anonime, in commandita, o in nome collettivo. Non entrano però in tale solidalità i socii delle altre società non commerciali a norma di quanto è stabilito nell' art. 1734. Si effettuisce però *ipso jure* la surrogazione quando il fidejussore ha pagato il debito pel principale debitore (2). L' art. 1204 num. 3. ammette la surrogazione *ipso jure a beneficio di colui che essendo obbligato con altrui, o per altri al pagamento del debito, abbia interesse di pagarlo.* Siamo istruiti da

(1) Merlin *repert. univers. mot. subrogat. sez.* 2. §. 4. *num.* 5.

Toullier *num.* 143. *l. c.*

(2) *Art.* 1901.

questa disposizione che per potersi far uso di tale surrogazione senza alcuna convenzione, è necessario pagarsi un debito comune, cioè per esser obbligato *con altri o per altri*. È una persona tenuta con un'altra al pagamento di un debito, non solamente quando è colla stessa solidariamente obbligata, ma benanche quando sebbene manchi una tale solidalità perfetta, non si può pagare separatamente, cioè quando non si può dividere l' obbligazione per esser un debito indivisibile *solutione*. Che se poi sia un debitore con un altro obbligato, ma l' obbligazione *solutione* sia divisibile, avendo per intero pagato, non resta surrogato *ipso jure*, ma potrà solo aver luogo la surrogazione convenzionale. Così, se Tizio e Mevio promisero mille a Fabrizio, avendo pagato o il primo o il secondo, niuno sarà surrogato, giacchè niuno aveva interesse pagare per l' altro, non ostante che erano mediante uno stesso atto obbligati. Lascia però la legge alla prudenza del magistrato esaminare, quando i debitori siano tenuti *con altri o per altri*, e quando si abbia interesse di pagare il debito. Il magistrato però deve ricordarsi, che la surrogazione è fondata su quel grande principio cioè, che non abbia a nuocere a persona o che almeno non debba rendere peggiore la condizione del debitore, e degli altri suoi creditori. Bisogna che a questo riguardo le cose restino dopo il pagamento, nello stesso stato nel quale erano prima.

Digitized by Google

4.° A beneficio dell'erede beneficiato che ha pagato di suo denaro i debiti ereditarj.

A voler parlare schiettamente i debiti ereditarj non interessa che sieno pagati dall' erede beneficiato: L' erede beneficiato è un amministratore obbligato a dar conto della sua gestione ai creditori ereditarj: non ha però interesse a pagarli: non è obbligato *con altri o per altri* al pagamento. Un principio di equità e di giustizia naturale fece in Francia ammettere questa disposizione, poichè l' erede beneficiato ha un interesse reale a rimborsare i creditori ereditarj, giacchè avendo questi sodisfatti, l'asse ereditario diviene pienamente suo, e resta allora colla qualità ereditaria. Ecco la ragione per la quale si è ordinato, che l'erede beneficiato subentri nelle azioni, e dritti de' creditori ereditarj. Toullier (1) opina, che tale surrogazione competa, anche ai curatori dei beni vacanti.

Dopo di aver il legislatore piantati i principj della surrogazione tanto legale, che convenzionale, propone una osservazione nell' articolo 1205 concepita ne' seguenti termini: *essa non può nuocere al creditore, allorchè non è stato pagato se non in parte.* Così si finga Tizio è debitore di Cajo in quattro mila docati, debito contratto nell'anno 1823 in Gennajo, si dà per ipoteca il fondo Sabiniano. Indi lo stesso

---

(1) *T. 7. num. 155. della estinzione delle obblig.*

debitore contrae un'altro debito nella somma di docati tremila e lo stesso fondo viene ad esser ipotecato ad un secondo creditore : questo secondo creditore paga a Cajo docati 3000 : il creditore lo surroga nel suo luogo. Nasce un concorso de' creditori, Cajo non era stato sodisfatto interamente , ma in parte, la legge ordina conservare il suo dritto d'ipoteca sopra il fondo Sabiniano , per cui si dice : *può far valere le sue ragioni pel restante*, *che gli è dovuto*, *in preferenza di colui dal quale ha ricevuto il pagamento* (1). Osserva Toullier (2) che tale dottrina è applicabile tanto alla surrogazione legale , che convenzionale. Varie utili dottrine sono maestrevolmente trattate dallo stesso autore nel citato luogo, che per brevità si tralasciano.

---

(1) Merlin *repert. universell. mot. subrogation.* ; *sect.* 8. *n.* 7.

(2) *L. c.*

Digitized by Google

§. III.

Delle imputazioni de' pagamenti.

SOMMARIO.

I. *Cosa sia l' imputazione: fondamento della dottrina relativa alla imputazione: presunzione di aver voluto il debitore estinguere il debito, che era per lui più grave.*

II. *Riflessioni su di tale dottrina.*

Art. 1206. *Il debitore, che ha più debiti. . .*

Art. 1207. *Il debitore di un debito, che produce frutti, o interessi. . . . .*

Art. 1208. *Quando il debitore, che ha più debiti, abbia accettato. . . . .*

Art. 1209. *Quando la quietanza non esprime veruna imputazione: se i debiti siano di egual natura.*

I. La parola *imputare* propriamente parlando altra idea non risveglia, se non quella di attribuire qualche cosa ad una persona, metter una cosa a suo conto, a carico o a discapito della stessa: quindi la *imputazione delle azioni*. Quì *imputare* altro non significa, che mettere a discarico del debitore, che abbia più debiti, il quale facendo un pagamento debba que-

sto riportarsi a discarico di un debito in particolare. Si conosce, che seguendo un pagamento, ed uno essendo il debito, non può nascere la quistione sulla imputazione. Il fondamento di questa dottrina è quello, che il debitore col pagare intende sgravarsi di una obbligazione, che più riesce a lui gravosa. È ordinato: *Quod veteres ita definierunt: quod verisimile videretur diligentem debitorem admonitu, ita negotium suum gesturum fuisse* (1). Quindi nell'art. 1206 si dà una regola generale, cioè esser nell' arbitrio del debitore far seguire l' imputazione per quel debito, che più gli piace, perciò *ha dritto di dichiarare, quando paga, qual debito intenda di sodisfare: est in arbitrio solventis dicere quod potius debitum voluerit solutum* (2). Cessa la presunzione in faccia alla espressa volontà del debitore a cui vantaggio la legge presume. In seguito di tale presunzione se ne deduce, che non avendo il debitore manifestata la sua volontà, ed avendo dato il denaro al creditore in pagamento de'suoi debiti senza alcuna dichiarazione, il creditore lo deve imputare al debito il più gravoso: quindi nell' articolo 1209 è detto: *Quando la quietanza non esprima veruna imputazione, il pagamento si deve imputare nel debito che a quell' epoca il debitore avea maggiore interesse d' estinguere fra quelli, che fos-*

---

(1) *L. 97. de solut.*

(2) *L. 1. ff. de solut.*

Digitized by Google

sero egualmente maturi: altrimenti s' imputerà nel debito scaduto, quantunque meno oneroso di quelli non per anco scaduti. La legge romana disse la stessa cosa cioè : *in arbitrio est accipientis cui potius debito acceptum ferat dummodo in id constituat solutum, in quo ipse, si deberet esset soluturus* (1). Non ostante, che nell' artic. 1206 dicasi, poter il debitore dichiarare a qual debito voglia far seguire la imputazione, pure siccome la legge nel mentre vuole favorire il debitore, non intende di ledere gl' interessi del creditore, è ristretto questo suo arbitrio dall' articolo 1207 nel quale è stabilito, che *il debitore di un debito, che produce frutti o interessi, non può senza il consenso del creditore imputar nel capitale, in preferenza de' frutti e degl' interessi, ciò che egli paga. Primo in usuras, id quod solvitur, deinde in sortem, accepto feretur* disse l' Imp. Antonino (2).

Se si permettesse al debitore di pagare in conto del capitale, trascurando gl' interessi, un grave danno ne verrebbe a risentire il creditore; perderebbe così il titolo produttivo degli interessi : giustamente perciò nell' ultima parte dell' articolo è detto : *Il pagamento fatto in conto del capitale e degl' interessi, se non è integrale, si imputa prima negl' interessi*: *in sortem et usuras* dichiarò la citata leg-

(1) *L.* 3. *de solut.*
(2) *L.* 1. *C. de solut.*

ge. Dal detto si vede, che tutto nasce da una presunzione. Il debitore è da presumersi voler far seguire la imputazione *in durissimam caussam*, ma non perchè egli vuole esser liberato, il creditore da un beneficio, che al debitore si accorda, ne deve un danno risentire: più colui, che abbia una volta rinunciato ad un beneficio accordatogli dalla legge, non può pentirsi di quanto ha fatto: *non licet consilium mutare in alterius jacturam*: ecco perchè nell' articolo 1208 è ordinato: *quando il debitore, che ha più debiti, abbia accettato una quietanza colla quale il creditore abbia specificatamente imputato sopra l'uno di essi la somma ricevuta, il debitore non può chieder più, che s'imputi sopra un debito diverso.* Provvida però sempre la legge a non fomentare il dolo, ed esser pronta a soccorrere coloro, che maliziosamente o per sorpresa sono stati ingannati, dà alla regola generale una eccezione; cioè: *purchè non siavi stato dolo o sorpresa per parte del creditore.* Quì sembra adoprarsi l' espressioni *dolo o sorpresa* quali voci sinonime. È però da avvertirsi, che alcune volte potrà forse il creditore adoprare un pretesto o rigiro ad ingannare il debitore, questo mezzo si chiamerà *dolo o sorpresa*, ma potrebbe farsi una *sorpresa* nella quale non siavi intervenuto il dolo, e siccome quì tutto è regolato dalla presunzione, la quale non deve cessare se non quando si abbiano degli argomenti a provare la rinuncia a quel beneficio, che al debitore la leg-

Digitized by Google

ge accorda, perciò accaduta la semplice sorpresa, potrà benissimo il debitor reclamare la imputazione con doversi intendere fatta a quel debito nel quale il creditore la portò a conto. Pothier (1) ne rapporta un' esempio nella quietanza data ad un' ignorante debitore per mezzo del suo procuratore, che si ricevè una quietanza la quale imputava il pagamento in un debito, che non producea interesse, e non già in un' altro che quelli produceva. La legge accorda al creditore di fare l'imputazione, quando non è espressa la volontà del debitore, ma è tenuto farla *nel debito che a quell' epoca il debitore avea maggior interesse ad estinguere fra quelli, che fossero ugualmente maturi.* Nasce una presunzione, che fa la legge: altrimenti continua l' articolo 1209: *s' imputerà nel debito scaduto, quantunque meno oneroso di quelli non per anco scaduti. Si nulla caussa* rispose Ulpiano, *praegravet, idest si omnia nomina similia fuerint, in antiquiorem* (2).

Pothier è di sentimento, che se mai il debito scaduto non conteneva l'arresto personale, e quello non scaduto tale obbligazione portasse, in questo caso si dovesse fare la imputazione al debito non scaduto. Osserva però Toullier, che siccome nel codice non si rinviene tale distinzione, perciò non si deve am-

(1) *Num.* 529.
(2) *L.* 5. *de solut.*

mettere, fissando la sua opinione nella regola: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Nell'ultima parte dello stesso articolo è preveduto il caso in cui tutti i debiti fossero scaduti, e fossero di uguale natura, si stabilisce che *l'imputazione si fa sopra il più antico*: *in parità di cose si fa* pro rata.

II. Due cose si possono osservare 1.° che la imputazione la deve dichiarare il debitore, o il creditore, o la legge; 2.° se i debiti siano scaduti, l'imputazione deve farsi in *caussam duriorem*, perciò s'intende voler il debitore che prima si estingua il debito che produce interesse: quello che l'obbliga all'arresto personale; il debito ipotecario in preferenza al chirografario, quello pel quale vi siano delle cauzioni, o quello in cui una persona debitrice è obbligata qual reo principale, in preferenza di quello nel quale fosse obbligato quale cauzione. Ad un dì presso qui si è copiato il responso di Papiniano (1).

---

(1) *L.* 96. *de solut.*

Digitized by Google

§. IV.

Della offerta di pagamento e di deposito.

Art. 1210. *Quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento, il debitore può fargli l' offerta reale..*

Non è ragionevole, che volendo un debitore far restare estinta una obbligazione dalla quale era astretto, negandosi il creditore a non voler ricevere, ciocchè dovea conseguire, abbia da tale rifiuto arrecarsi un danno al debitore. Questo dalla legge è autorizzato a fare delle offerte reali, ed al rifiuto del creditore di non voler accettare, depositare la somma, o la cosa che esso dovea, e che offerì al creditore.

Dicesi nell' articolo *può fare delle offerte reali*; quindi si conosce, che le offerte verbali, le quali non consistono che in una dichiarazione del debitore, che asserisce esser pronto al pagamento, esser questa insufficiente in qualunque modo sia espressa: questa non può costituire il debitore in mora. Bisogna, che le offerte siano accompagnate dalla esibizione effettiva del denaro, o di altra cosa, che si deve.

Queste offerte devono essere seguite dal deposito, ed in tal modo il creditore sarà libero dalle azioni, che contro di lui si potessero istituire: è noto l' assioma delle leggi romane *obtulisse et dedisse valet idem.*

Questo deposito a parlare chiaramente non è un vero pagamento, ma a riguardo del debitore *esso tiene luogo di pagamento, quando sia fatto validamente*. Quì è da osservarsi, poter accadere un tale deposito volontariamente, o necessariamente. Nel primo caso è il debitore pienamente liberato: nel secondo caso, cioè allorchè soffre un sequestro e non potendo pagare al proprio creditore, egli deposita quanto a questo dovea: sebbene resta liberato, pure però il suo creditore non è libero dalle giudiziarie vessazioni di quegli altri creditori che procedettero al sequestro, e nel caso le cose depositate venissero a perire anche per una forza maggiore, possono agire personalmente contro del loro debitore, e procedere ad altro sequestro (1). Conchiude l'articolo 1210: *la cosa in tal modo depositata rimane a rischio del creditore*. Si deve intendere solamente, allorchè il debitore offrì la cosa dovuta, ed il creditore si rifiutò a riceverla, come poco fà si è detto.

Art. 1211. *Affinchè l' offerta reale sia valida, è necessario. . . .*

In quest' articolo vengono prescritte le condizioni necessarie, acciocchè l' offerta sia valevole: 1.° *che si faccia al creditore capace di ricevere, o a chi abbia la facoltà di ricevere per lui*. Osserva Pothier (2).

(1) Sirey *tom.* 15. *p.* 300. *p.* 1.
(2) *Num.* 538.

che se mai nel contratto sia espressa la persona alla quale debba farsi il pagamento, in questo caso, il debitore pagando a colui, che *adjectus est solutionis caussa*, ancorchè la persona nel contratto indicato fosse incapace, pure l'offerta è operativa: 2.° *che si faccia da persona capace di pagare.*

Difatto colui, che non è capace di pagare nè tampoco è capace di offrire. Di tal fatta sono i minori, gl'interdetti, la donna maritata: 3.° *che comprenda l'intera somma esigibile, i frutti o gl' interessi dovuti; le spese liquidate, colla riserva per qualunque supplimento.* È ragionevole una tale disposizione, poichè il creditore se non può esser costretto a ricevere in parte il suo credito (1), deve tale ragione anche militare nelle offerte, che sono in luogo del pagamento. Nasce solo la difficoltà nelle espressioni, *ed una somma per le spese non liquidate.* È impossibile offrire il montare delle spese non liquidate. A togliere tale difficoltà si elevarono varj contrasti, ma ci fa sapere Maleville, che si convenne poter il debitore per le spese non liquidate offrire una somma anche modica, quindi per sicurezza del creditore si aggiunse nell' articolo: *colla riserva per qualunque supplemento*: 4.° *che il termine sia scaduto, se fu stipulato a favore del creditore*: questa dottrina è stata esposta nella sezione delle obbligazioni a termine: 5.° *che siasi verificata*

(1) *Art.* 1197.

la condizione sotto la quale fu contratto il debito. Si è spiegato di sopra, che la cosa promessa con condizione, non si può pretendere dal creditore, perchè *dies obligationis nec cedit, nec venit, nisi adveniente conditione*: 6.° *che l'offerta sia fatta nel luogo convenuto pel pagamento: e quando non vi sia convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento, che sia fatta alla persona del creditore, o al suo domicilio, ovvero a quello scelto per la esecuzione del contratto*: 7.° *che l'offerta sia fatta per mezzo di un uffiziale pubblico autorizzato a tal sorta di atti.* Chi è mai questo uffiziale pubblico?

Nel Codice abolito si usava la parola *ministeriale*, e non già *pubblico ufficiale*, ch'è la espressione usata nell' articolo 1211 numero 7. Varj contrasti nacquero sull' applicazione di tale parola. Per ufficiale ministeriale alcuni intesero gli uscieri, i notaj. Toullier diffusamente espone come variamente si prendeva l' espressione di *ufficiale ministeriale.* Finalmente in Francia è stata fissata la cassa dell' ammortizzazione per tali depositi, il che anche si pratica in Napoli e sua provincia: nelle altre provincie i ricevitori sono destinati a ricevere tali depositi.

Il codice quì non parla dei depositi necessarj, che fanno taluni debitori nelle mani di coloro presso de' quali essendo seguito un sequestro di ciocchè a qualche loro creditore doveano questo è chiamato *deposito presso del terzo.* Depositano i debitori ciocchè al

Digitized by Google

loro creditore dovevano. Qui si parla del deposito volontario, che nasce dal rifiuto del pagamento, che non si volle ricevere il creditore. L'articolo 1212 richiede quattro condizioni per dichiararsi valido un tale deposito, e dichiara non esser necessario qui il permesso del giudice.

1.° *Che sia preceduto da una intimazione notificata al creditore, colla quale s' indichi il giorno, l' ora e 'l luogo in cui la cosa offerta sarà depositata.* Prima della pubblicazione del codice si faceva precedere l' autorizzazione del magistrato, in seguito da taluni si sostenne non esser necessaria tale autorizzazione. Sirey (1) riferisce, che la corte di cassazione più volte aveva non ammesso il ricorso contro delle sentenze, che avevano dichiarate valevoli i depositi fatti senza tale autorizzazione. Toullier dice non esser necessaria simile autorizzazione quante volte si parla di deposito in denaro contante.

La citazione di cui si parla e che deve precedere, si fa ordinariamente nel medesimo processo verbale, che contiene le offerte, e la citazione di ricevere. 2.° *Che il debitore siasi spogliato del possesso della cosa offerta, consegnandola insieme cogl' interessi decorsi insino al giorno del deposito, nel luogo indicato dalla legge per ricevere tali depositi.* 3.° *Che siasi steso dall' uffiziale pubblico un processo verbale*

(1) *Tom. 10. p. 147.*

indicante la natura delle specie offerte, il rifiuto che abbia fatto il creditore di accettarle, o la sua mancanza a comparire, e finalmente il deposito. 4.° Che quando il creditore non sia comparso, gli sia stato notificato il processo verbale del deposito, colla intimazione di ritirare la cosa depositata.

Art. 1213. *Le spese dell'offerta reale e del deposito, se questi atti sono validi, sono a carico del creditore.*

Questa disposizione ha luogo allorchè il creditore abbia rifiutata l'offerta del pagamento. Quando il creditore accetti l'offerta, in questo caso le spese sono a carico del debitore, che non dovea in questo caso procedere al deposito.

Art. 1214. *Finchè il deposito non sia stato accettato dal creditore....*

Art. 1215. *Allorchè il debitore ha egli stesso ottenuta una sentenza....*

Siccome seguito validamente il deposito, la cosa depositata è tutta a pericolo del creditore; così giustamente si è stabilito, che non possa lagnarsi il creditore nel caso il debitore primacchè esso presti la sua acquiescenza, ritiri la cosa depositata. È in ciò fare anche autorizzato, non ostante, che vi siano altri condebitori. È giusta tale determinazione. Certamente non possono essi pretendere, che il deposito abbia ad aver più forza a loro riguardo, di quello che ne ha pel creditore: quindi nell'articolo 1214

Digitized by Google

è chiaramente detto: *Finchè il deposito non sia stato accettato dal creditore, il debitore potrà ritirarlo*; *e quando il ritiri, i suoi condebitori o i suoi fidejussori non restano liberati.*

Tutto l' opposto accade allorchè il debitore abbia fatto giudicare definitivamente, e dichiarare valido il deposito: questa sentenza equivale all' accettazione del creditore. In questo caso il debito è interamente estinto: e questa è anche la ragione per la quale in questo caso non può, neppure col consenso del creditore, ritirare il deposito in danno de' condebitori ecco le parole dell' articolo 1215: *Allorchè il debitore ha egli stesso ottenuta una sentenza passata in cosa giudicata, la quale abbia dichiarata buona e valida l' offerta e 'l deposito, non gli è più permesso, nemmeno col consenso del creditore di ritirare il deposito in pregiudizio de' suoi condebitori o de' suoi fidejussori.*

Conseguenza legittima anche sarà quella, che seguito il deposito vengono interrotti gl' interessi. Toullier a proposito fa la seguente riflessione: se per la sua mora il debitore è condannato ai danni ed interessi: Il creditore per esser costituito in mora dovrà perdere gl' interessi. Le leggi favoriscono più i debitori, di quello che i creditori. L' equità non permette, che il creditore ricavi alcun vantaggio dalla colpa nella quale incorse coll' aver rifiutato la recezione di ciocchè dovea conseguire.

Questa dottrina sebbene sembra figlia della equità naturale, pure ha incontrato delle difficoltà. Si possono vedere presso di Toullier le discordanti opinioni (1). Solo avverto esser costante sentimento del citato autore, che cessano le usure immediatamente fatta l' offerta, giacchè nell' articolo 1210 dicesi *l' offerta seguita dal deposito, libera il debitore: essa tiene luogo di pagamento.* Spiega Toullier le parole *essa tien luogo di pagamento* nel modo seguente » Il pagamento è riputato effettuito nel momento in cui il creditore ha impedito di farlo: *pro facto accipitur* «. Riconobbe però l' illustre Toullier la contradizione che si vede tra l' articolo 1259 (2) del codice francese, e l' articolo 1257 (3) poichè in questo è piantata la spiegata dottrina nel numero 2 dell' articolo 1259, e dicesi: *restare liberato il debitore*, che siasi spogliato del possesso della cosa offerta, consegnandola insieme cogl' interessi decorsi insino al giorno del deposito. Da questo articolo è dunque prescritto, che gl' interessi non cessano dal momento dell' offerta, ma da quello del deposito. A toglier tale antinomia il codice di procedura francese ordinò

(1) *Num. 225. cap. V. delle estinzioni delle obbligazioni.*

(2) *Contradizione la quale è restata in piedi nel nostro codice.*

(3) *Num. 2.*

nell' articolo 816 *che cesseranno gl' interessi dal momento in cui sarà realizzato il deposito.* In Francia siccome si caminava colla massima, che il codice di procedura per esser legge posteriore, annullava quandò era ordinato nell'articolo 1257 del codice civile, la contrarietà degli articoli era stata sanata ma siccome il decreto reale sanzionato presso di noi nell' anno 1819 dichiarò che le cinque parti del codice si avessero come sanzionate nel medesimo momento, coll' essersi detto nella seconda parte delle nostre leggi civili, cioè nel codice di procedura civile (1): *La sentenza che dichiarerà valide le offerte qualora non sia stato per anche effettuato il deposito, ed il creditore abbia mancato di ricever la somma o la cosa offerta, ordinerà che questa sia depositata, e che cessino gl' interessi dal giorno in cui sarà effettuato il deposito*; perciò si conosce una perfetta contradizione coll' artic. 1210 nel quale è detto *restare liberato il debitore, che ha fatto delle offerte, e queste seguite, dal deposito liberano il debitore.*

Snocciola quì Toullier delle varie, e profonde dottrine che si possono leggere nel citato luogo. Nel numero 233 dice, che la legge non ha fissato il tempo da dover scorrere tra le fatte offerte, e deposito, e che debba tutto rimettersi all' arbitrio del giudice.

---

(1) *Art.* 899.

Art. 1216. *Il creditore, che abbia acconsentito, che il debitore ritiri il deposito....*

Si disse nell' antecedente articolo che ottenuta dal debitore una sentenza colla quale sia stato dichiarato buono e valido il deposito, non possa più ritirarlo per esser stata estinta l' obbligazione: ora da questa teoria ne siegue, che se il creditore aveva de' privilegj, delle ipoteche per la sicurezza del suo credito, restano queste estinte. Questa dottrina ha luogo non solamente quando il debitore fece esso dichiarare valido il deposito, ma anche ciò resterà verificato, se mai emessa la sentenza della quale parlasi nell' articolo 1215, per nuova convenzione avesse il creditore permesso al debitore potersi ritirare la cosa depositata: Difatto, se il debito era estinto: se erano svanite le ipoteche ed i privilegj, come ora poter questi di nuovo aver vigore? Giustamente quindi è stabilito nell' articolo 1216; *Il creditore che abbia acconsentito che il debitore ritiri il deposito, dopo che fu dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, non può più valersi pel pagamento del suo credito de' privilegj e delle ipoteche, che vi erano annesse: egli non ha più ipoteca, se non dal giorno in cui l' atto, col quale acconsentì che si fosse ritirato il deposito, sia rivestito delle forme prescritte a produrre ipoteca.*

Art. 1217. *Se ciocchè si deve, sia una cosa certa la quale debba consegnarsi nel luogo, in cui si trova, il debitore dee interpellare il creditore a prendersela*

Digitized by Google

con atto notificato personalmente, o al suo domicilio, o al domicilio scelto per la esecuzione del contratto. Fatta tale intimazione, se il creditore non toglie la cosa, e 'l debitore abbia bisogno del luogo in cui è collocata, potrà questi ottenere dal giudice il permesso di depositarla in altro luogo.

Solo qui è da osservarsi per ragione di rito, quanto dice Bousquet (1). In tutti i casi quando si tratta di mettere un corpo certo in deposito per autorità del magistrato si ricerca: 1.° Che il debitore non abbia bisogno di alcuna giudiziaria autorizzazione che dovesse ottenere in contradizione del creditore: se così si praticasse le spese anderebbero all' infinito, e si anderebbe incontro alle interminabili dilazioni, che arrecarebbero delle grandi spese tanto in discapito dell' attore debitore, che del creditore. 2.° Il giudice del circondario nel quale deve farsi il deposto, debba adirsi in simili casi.

§. V.

Della cessione de' beni.

Art. 1218. *La cessione de' beni è l' abbandono....*

Art. 1219. *La cessione de' beni o è volontaria o necessaria.*

---

(1) *Art.* 1264.

ART. 1220. *La cessione de' beni volontaria è quella....*

ART. 1221. *La cessione giudiziaria è quella....*

La cessione de' beni in generale è un atto mediante il quale il debitore per evitare le procedure giudiziarie del suo creditore (procedura che pria della pubblicazione del codice portava seco l' arresto personale, essendo noto il legale principio: *qui non habet in aere, luat in cute*) allo stesso abbandona in tutto o in parte i suoi beni, acciocchè possa pagarsi colle sue proprie mani, sia che cada solamente sopra de' frutti, sia sopra il prezzo de' beni da vendersi, il che è la cosa più ordinaria nella ridetta dottrina. Si conosce, che la cessione de' beni non è realmente un modo immediato, come possa estinguersi una obbligazione, ma è un mezzo, come a quello si possa devenire. Su di queste vedute venne sanzionato l' articolo 1218 nel quale è definita le cessione de' beni. *Esser l' abbandono, che il debitore fa di tutti i suoi beni a' suoi creditori, allorchè non è nello stato di pagare i proprj debiti.*

Quando il debitore non è più nello stato di soddisfare ai suoi debiti, ha oltre dell' abbandono de' suoi beni da effettuirsi nelle mani de' creditori per beneficio della legge degli altri mezzi: così poteva dal Re domandare una dilazione chiamata *moratoria*, che durava per lo spazio di anni cinque, ed in questo fra tempo, quando la maggior parte de' creditori fosse

Digitized by Google

stata di accordo, non poteva il debitore esser molestato. Il rimedio però più ordinario è quello della cessione. La legge autorizza il debitore di buona fede, che per disgrazia è nella infelice posizione di non poter pagare, a rilasciare i suoi beni nelle mani de' creditori: questi divengono immediatamente proprietarj di tali beni: il debitore ne sarà dispossessato. Che se poi i creditori si mostrassero ostinati a non voler ricevere nella loro mani il patrimonio del debitore, che volontariamente lo rilascia: avrà questo il dritto di adire il tribunale, ed ecco come si dà luogo alla cessione giudiziaria.

La cessione volontaria dicesi nell'articolo 1220 *è quella che i creditori accettano volontariamente, e che non ha altro effetto fuorchè quello che risulta dalle stipulazioni medesime del contratto fatto tra essi ed il debitore.*

Dice quì Toullier, la cessione volontaria de' beni è un contratto sinallagmatico di una natura particolare: chiamasi *contratto di abbandono*. Presa in considerazione la natura dello stesso si conosce, che essenzialmente per parte de' creditori contiene una rinuncia a quelle giudiziarie domande delle quali avrebbero potuto fare uso contro del loro debitore. Contiene per parte del debitore l'obbligo di mettere in possesso de' suoi beni i creditori, beni, che sono abbandonati dal debitore, ed acquistati per parte de' creditori. Questi avrebbero avuto il dritto di far sequestrare nelle

mani del loro debitore i beni mobiliari, o immobiliari. Accaduta tale cessione, i creditori vengono a vantaggiare la loro condizione, essendo più giovevole ai medesimi l' aver di pieno dritto i beni del debitore, di quello che averli in mano a titolo di sequestro, e procedere così alla spropriazione de' medesimi.

La cessione giudiziaria che si definisce nell' articolo 1221: *esser un beneficio, che la legge accorda al debitore sventurato e di buona fede, cui per conservare la libertà della persona è permesso di abbandonare giudizialmente tutti i suoi beni a' suoi creditori non ostante una stipulazione in contrario.* Ebbe la sua origine sin dai tempi di Giulio Cesare. Questo dittatore sanzionò due leggi per raddolcire l' infelice condizione de' debitori, che inumanamente erano trattati da patrizj: una tale durezza diede luogo alle mosse popolari tanto conosciute del monte sacro, e gianicolo. Venne quindi detto esser nella facoltà del debitore consegnare al creditore i suoi beni, secondo il loro valore, e restare così liberato dalle inumane molestie de' creditori. Questa legge venne però abolita. Restò in piedi un' altra legge, che anche ripete la sua origine da Cesare, cioè di potersi spogliare il debitore de' suoi beni, e passarne il possesso, e la proprietà nelle mani de' creditori, atto che si chiamò cessione de' beni, e siccome dovea in quest' atto intervenire una sentenza del magistrato, così si disse *cessione giudiziaria.* Einecio nelle sue antichità romane

Digitized by Google

fedelmente rapporta quanto accadde a tale proposito (1). Le nostre prammatiche prescrivono la ridicola maniera come si faceva ne' nostri tribunali tale cessione ed il Filangieri anche ne fa vedere il ridicolo di tale atto (2).

Art. 1222. *Non potranno esser ammessi al beneficio della cessione....*

Art. 1223. *La cessione giudiziaria non conferisce....*

Vi è un grande divario tra la cessione volontaria, e la giudiziaria. Quella trasferisce il dominio delle cose abbandonate nelle mani del creditore. Con quella il creditore lucrerà anche il dippiù di ciocchè deve conseguire, se mai il prezzo che dalla vendita de' beni del debitore si ritrae fosse sopravvanzante al suo credito. È stata formata una transazione tra il debitore e suoi creditori: si è formato un contratto sinallagmatico. Non accade così nella cessione giudiziaria. Il debitore come si esprime Toullier controvoglia de' creditori reclama un beneficio della legge. Abbandonando il debitore il suo patrimonio

---

(1) *Lib.* 3. *tit.* 3.

(2) *Trovasi una colonna di marmo vicino la porta della Vicaria, che alza alcuni palmi dalla terra. Su di questa colonna dovevano con un atto sporco sedere i debitori, e chiamare i loro creditori: dopo tale atto prendevano una berretta verde, e questo era il segno della seguita giudiziaria cessione de' beni.*

in jure forma un deposito de' suoi beni per esimersi dalle molestie giudiziarie. Nel caso i beni siano insufficienti, i creditori potranno fare delle nuove premure per esser pagati, se mai la condizione del loro debitore venisse a migliorare, nè la nuova legge accorda al debitore il beneficio della competenza, che si costumava per romana disposizione: se i beni consegnati nelle mani del Tribunale fossero di un prezzo maggiore, dopocchè i creditori siano stati pagati, potrà il debitore domandare quello, che è stato di avanzo. Quindi è detto nell' articolo 1223: *La cessione giudiziaria non conferisce la proprietà a' creditori, ma dà loro soltanto il dritto a far vendere i beni a loro profitto, e raccoglierne i frutti sino alla loro vendita.*

Nel codice di procedura si è detto (1) che la domanda della cessione non si possa fare mediante una procura, ma che deve presentarsi il debitore personalmente. Siccome la cessione de' beni era una cosa ignominiosa e privava il debitore dall' esercizio de' dritti politici; così tale disposizione di doversi fare tale domanda personalmente (2), si credè ragionevole.

Dal detto si vede, che la legge ha voluto favorire il debitore anche a pregiudizio de' creditori. E siccome si sa a quali sorprese vanno soggetti i debito-

---

(1) *Art.*

(2) *Art.* 978. *Cod. di proc.*

Digitized by Google

ri per conseguire il denaro dal creditore, prevedendo la legge che potrebbe il creditore indurre il debitore a rinunciare a tale beneficio, si è ordinato, che tale rinuncia si abbia come non fatta (1). Ognuno però sa che il vizio ed il delitto mai posson esser la causa di privilegio, e niuno dal delitto deve ricavarne un vantaggio. Con savietza quindi si è detto nell' articolo 1222 non poter essere ammessi a tale beneficio gli *stellionarj*, *i falliti fraudolentemente* (2) *le persone condannate per causa di furto o di scroccheria*, *nè le persone contabili*, *i tutori*, *gli amministratori e i depositarj*. Sono anche gli stranieri riposti in tale numero. Per ciocchè riguarda gli stranieri, questi non sono esclusi per causa di non dover partecipare utile proveniente dal delitto: questi niuna colpa hanno commessa: ma la ragione nasce dal non dover questi esser partecipi del godimento de' dritti civili nel Regno delle due Sicilie. Che se poi dal Re fossero ammessi a domiciliare, siccome i domiciliati, finchè continuano a residere nel regno godono de' dritti civili, saranno ammessi a simile cessione. Come anche se vi fosse tra la nazione alla quale appartiene lo straniero il dritto di reciprocanza de' dritti, a norma di quanto si è detto nell' articolo 9.

---

(1) *Art.* 1221.

(2) *Come si proceda alla cessione de' beni ne' fallimenti per le cause di commercio, sarà analizzato nel codice di commercio.*

ART. 1224. *I creditori non possono ricusare la cessione giudiziaria, se non ne' casi eccettuati dalla legge.*

La sudetta cessione esime il debitore dall' arresto personale

Per tutto il dippiù non libera il debitore se non per la concorrenza del valore de' beni ceduti: e nel caso non siano sufficienti, se egli ne acquista degli altri, è obbligato a cederli sino all' intero pagamento.

Se la giudiziaria cessione ha per effetto di liberare dall' arresto personale, ne viene esser giusta la disposizione del codice di procedura, che trovandosi il debitore in arresto deve mettersi in libertà (1).

L' articolo dice: *Se egli ne acquista degli altri è obbligato a cederli sino all' intero pagamento.* Quì il Codice ha derogato a quanto dall' antica legge romana era stato ordinato relativamente al beneficio così detto della *competenza.* Volea quella legge usare della indulgenza verso un uomo, che perseguitato dalla disgrazia si era ridotto a restare spogliato di tutto il suo patrimonio: indi avendo per sua buona sorte acquistato di nuovo de' beni, non si volle, che tutti quelli avesse a consegnare al creditore, ma che ne potesse ritenere per se *tantum quantum ne egeret.* Il legislatore ha riflettuto non doversi accordare de' privilegi a danno del terzo, perciò una tale indulgenza si è riputata esser contro della giustizia.

---

(1) *Art.* 979. *Cod. di proc. civ.*

Digitized by Google

SEZIONE II.

Della novazione

SOMMARIO.

I. *Cosa è la novazione, e di quante specie: cosa è la delegazione, quali i suoi effetti.*

II. *Se i privilegj, ed ipoteche si estinguano mediante la novazione, o pure restano trasferite nella nuova obbligazione.*

ART. 1225. *La novazione si fa in tre maniere 1. quando il debitore contrae col suo creditore un nuovo debito, il quale è sostituito all'antico che rimane estinto. 2. Quando un nuovo debitore è sostituito all' antico, che vien liberato dal creditore. 3. Quando in virtù di una nuova obbligazione un nuovo creditore viene sostituito all' antico, verso cui il debitore è liberato.*

ART. 1226. *La novazione non può aver effetto, se non tra persone capaci di contrattare.*

I. La novazione è costantemente definita dai dottori: *prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio* (1). Dalla de-

(1) *L. 1. de novat.*

finizione si ricava, che due cose costituiscono l' essenza della novazione 1.° l' antica obbligazione, la quale si vuole estinguere; 2.° la creazione di una nuova: una delle due che manchi, svanisce la novazione. Ecco dunque, che nella novazione si deve verificare l' estinzione di un' antica obbligazione: la formazione di un' altra nuova. Se manchi l' antica obbligazione, si formerà una convenzione, che niuna idea darà della novazione, anzi quando l' antica obbligazione non esiste, la nuova obbligazione per esser senza causa, come nulla, dovrà esser considerata. Per potersi dire esservi stata la novazione si deve aver l' idea di togliere l' antica obbligazione, e gli effetti di questa vederli trasfusi nella nuova: se niuna idea si ebbe dell' antica, allora saranno in piedi due obbligazioni, e perciò Giustiniano disse: *ut maneat ex utraque caussa obligatio.*

Sarà sempre nella libertà vicendevole del debitore e creditore di cambiare, aggiungere, o togliere cosa dall' antica obbligazione, ma queste modificazioni aggiunzioni, e detrazioni non annulleranno, ma solamente modificheranno l' antica convenzione. Si conchiuda, che per dirsi esservi stata la novazione, vi deve esser l' idea di annientare l' antica obbligazione.

La novazione dicesi nell' articolo 1225 verificarsi in primo luogo, *quando il debitore contrae col suo*

---

(1) §. 3. *Inst. quib. mod. tollit. oblig.*

Digitized by Google

creditore un nuovo debito. Niuno cambiamento accade nella persona di coloro, che formarono la convenzione. Quì resta lo stesso debitore, e lo stesso creditore. Così Tizio dovea a Mevio mille con ipoteca nel dì 1 Gennajo: si conviene dover tale somma pagare nel mese di Maggio. Ecco estinta l'obbligazione vecchia, per cui, siccome quando cade il principale, deve svanire anche l'accessorio, la ipoteca promessa nella prima obbligazione, si perde, nè il creditore ha dritto alcuno sul fondo ipotecato. Questa in stretto senso è la *semplice novazione*.

In secondo luogo si verifica la novazione, *quando un nuovo debitore è sostituito all' antico, che viene liberato dal creditore*. Così io sapendo, che un mio amico deve pagare mille a Sempronio, per non esser quello nello stato di pagare, mi esibisco al di lui creditore Sempronio, che dentro un mese pagherò io la somma, che avea dritto di esigere. Se il creditore annuisca, si è fatta una novazione, resterà estinta l'obbligazione, resterà libero il primo debitore, e sarò io obbligato. Questa novella obbligazione da latini dicevasi *expromissio*, e quello, che si costituisce debitore si disse *expromissor*. In 3.° luogo si verifica la novazione. *Quando in virtù di una nuova obbligazione un nuovo creditore viene sostituito all' antico verso cui il debitore è liberato*. Così Tizio mi deve mille: io devo pagare a Sempronio il prezzo del fondo Sabiniano, convengo con questo che

tale prezzo lo conseguirà dal mio debitore. È cosa indifferente per questo o il dare a me, o al venditore del fondo, i mille. Quindi ecco fatta una novazione senza che siavi necessaria la volontà del nuovo debitore.

Dall' essersi detto, che nella novazione essenzialmente deve formarsi una novella obbligazione in forza della quale resta estinta l' antica, si conosce la ragionevolezza dell' articolo 1226, cioè *non poter aver luogo la novazione, se non tra persone, le quali sono capaci a contrattare.* Questa disposizione però bisogna intenderla nella stessa maniera colla quale venne spiegata la dottrina compresa nell' articolo 1079 nel quale si disse, che il minore, l' interdetto, la donna maritata non possono contrattare, cioè *non potevano restare obbligate*: quindi è proibito a tali persone venire ad una novazione, ma se con questa nuova obbligazione avessero migliorata la loro condizione, niuno potrebbe impugnare sotto pretesto della loro incapacità, tale contratto.

Art. 1227. *La novazione non si presume....*

Art. 1228. *La novazione, che si fa col sostituire un nuovo debitore si fa senza il consenso del primo.*

È nella libertà delle persone intervenute in una convenzione aggiungere o togliere cosa dalla loro convenzione: ma però, non perchè si è aggiunta o tolta qualche circostanza aggravante, o minorante, o che altrimenti siasi venuto ad altra modificazione, deve

Digitized by Google

credersi che sia restata estinta l'antica obbligazione. Colui, che fa una novazione rinuncia a quei dritti, i quali aveva acquistati contro del debitore mediante l'antica obbligazione. Ora è conosciuto il principio di non doversi presumere mai la rinuncia ad un dritto già acquistato. Ecco la ragione per la quale dicesi nell'art. 1227. *La novazione non si presume: conviene che risulti chiaramente dall'atto la volontà di effettuirla. Nisi ipsi specialiter quidem remiserint priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundum magis pro anterioribus elegerint* (1). Così decise Giustiniano per abolire le antiche leggi romane dalle quali era ordinato potersi presumere la novazione. Sebbene così si parla tanto da Giustiniano, che dal codice, pure se mai dalla seconda obbligazione risultasse essersi convenuto, cosa inconciliabile colla prima, sebbene non siasi specialmente dichiarato volersi estinguere l'antica obbligazione, pure resterà annientata. Questa dottrina è esposta da Voet (2).

Art. 1229. *La delegazione, colla quale un debitore....*

Art. 1230. *Il creditore, che ha liberato il debitore....*

Art. 1231. *La semplice indicazione fatta al debitore....*

---

(1) *L. ult. C. de novat.*

(2) *Tit. de novat. in pand. n. 3.*

Lo stesso ha luogo....

II. La delegazione non deve confondersi colla semplice novazione. Nella delegazione vi devono almeno essere tre persone, cioè l' antico debitore che assegna al suo creditore un altro debitore in suo luogo: la persona delegata, che si obbliga verso il creditore in luogo dell' antico debitore, o verso la persona indicata dal creditore: il creditore che accetta l' obbligazione della persona delegata o indicata. La delegazione dunque può comodamente definirsi: una specie di novazione, in forza di cui l' antico debitore per liberarsi verso il suo creditore, gli offre un terzo, che si obbliga in sua vece verso lui medesimo, o verso la persona da esso indicata. *Delegare est vice sua aliam reum dare creditori, vel cui jusserit* (1). Non s' intende formata una novazione, quante volte il creditore non abbia espressamente dichiarato la sua volontà di liberare il debitore, che ha fatta la delegazione. Così se Pietro, uno degli eredi del mio debitore, per liberarsi da un canone verso di me, con un' atto di divisione ne ha addossato a Giacomo di lui coerede il pagamento, non può esservi delegazione, e Pietro non sarà liberato verso di me, se non ho formalmente dichiarato in qualche atto di liberarlo; altrimenti nonostante che abbia ricevuto il canone dal solo Giacomo, durante anche un tempo

(1) *L.* 11. *D. de novat.*

Digitized by Google

considerabile, non si potrà perciò conchiudere che io lo abbia accettato per mio solo debitore in vece di Pietro, e che abbia inteso di liberare quest' ultimo (1).

La delegazione dunque, quando è perfetta contiene in se una vera novazione, e per conseguenza un debitore delegante, resta sciolto dalle sue obbligazioni verso del suo creditore, che accettò la delegazione. Ragionevolmente dunque nell' articolo 1230 è stabilito, *non aver regresso contro il di lui debitore, se il delegato diviene insolvibile.*

L' articolo soggiunge; *purchè l' atto non ne contenga una espressa riserba*, o *che il delegato non fosse di già apertamente fallito*, o *prossimo a fallire nel momento della delegazione.* La ragione di questa disposizione è la seguente. La delegazione contiene una convenzione fra il delegato, ed il creditore: è della classe di quelle, che interessano ambedue le parti, ed in cui ciascuno intende di ricevere, altrettanto di quello che dà. L'equità di queste convenzioni consiste nella eguaglianza, e diventano inique, quando una delle parti dà più di quello che riceve. In questo rincontro avendo il debitore delegata una persona insolvibile, il creditore, che di tale insolvibilità non era al giorno, niente consiegue, coll' aver disobbligato il suo debitore: che se poi di ciò ne aves-

(1) *L.* 40. §. 2. *D. de pactis.*

se avuta notizia, e ciò nonostante avesse accettata la delegazione; non contiene una convenzione della classe di quelle, che interessano ambedue le parti, ma bensì un beneficio che il creditore ha voluto fare al debitore in accettando in di lei vece questo debitore, sebbene insolvibile, nè se gli è fatto alcun torto, perchè *volenti non fit injuria*. Nell' art. 1231 si dice che *la semplice indicazione fatta dal debitore di una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione.* Si soggiunge in seguito: *lo stesso ha luogo per la semplice indicazione fatta dal creditore, di una persona, che debba per lui ricevere.* Questi due casi preveduti nell' articolo indicano che tanto il creditore che il debitore, e l' obbligazione restano le medesime. La ragione si è, che l' indicazione è un semplice mandato fatto dal debitore alla persona indicata, acciocchè paghi in suo luogo, o dal creditore, alla persona indicata per ricevere (1).

Art. 1232. *I privilegj, e le ipoteche dell' antico credito....*

Se per mezzo della novazione si estingue l' antica obbligazione, è ragionevole quanto si dice in questo articolo che *i privilegj, e le ipoteche dell' antico credito, non passano in quello che gli è sostituito, quando il creditore non ne abbia fatta espressa riserva.* Sebbene l' articolo dica, quando il creditore non ne

(1) Pothier *tratt. delle obbl. num.* 569.

Digitized by Google

abbia fatta espressa riserva, pure avrà luogo quante volte la novella obbligazione sia ristretta negli antichi limiti dell' antica: che se la nuova obbligazione comprendesse una quantità maggiore di quella, per la quale s' intese fare la novazione, i privilegj, e le ipoteche resteranno in proporzione dell' antico debito.

Art. 1233. *Quando la novazione si effettua colla sostituzione di un nuovo debitore, i privilegj, e le ipoteche primitive del credito non possono passare su i beni del nuovo debitore.*

Art. 1234. *Se la novazione si effettua tra il creditore, ed uno de' debitori solidali, i privilegj, e le ipoteche dell' antico credito, non possono riservarsi se non su' beni di colui che contrae il nuovo debito.*

Dal detto nell' articolo 1233 si conosce chiaramente che per trasferirsi l' antica ipoteca bisogna che il debitore sia lo stesso, e che il cambiamento si operi solo nel credito. Che se poi vi fosse cambiamento di debitore, l' antica ipoteca non può essere transferita, poichè non si può far rimontar l' ipoteca su' beni del nuovo debitore ad una data anteriore alla novazione. In altro caso resterebbero dannificati gli altri creditori di questo nuovo debitore.

Coll' essersi poi detto nell' articolo 1234 che i privilegj, e le ipoteche dell' antico credito non possono riservarsi, se non su' beni di colui che contrae il nuovo debito, è indicato che nell' atto della novazione non è permesso trasportar le ipoteche su' beni

di colui che contrae il nuovo debito, è indicato che nell' atto della novazione non è permesso trasportar le ipoteche su' beni di un terzo, ancorchè questo terzo sia stato uno de' debitori solidali del primo debito (1).

Art. 1235. *Colla novazione fatta tra 'l creditore, ed uno de' debitori solidali, i condebitori restano liberati.*

La novazione fatta col debitore principale libera i fidejussori.

Nondimeno se il creditore esiga nel primo caso l'adesione de' condebitori, o nel secondo quella de' fidejussori, e costoro ricusino di aderire alla novazione, sussiste l' antico credito.

Le due prime disposizioni sono le conseguenze del principio che la novazione estingua l' antica obbligazione. La terza ha per fondamento il principio, che le condizioni apposte nelle obbligazioni devono essere adempite. Così, se il creditore abbia pattuito che i condebitori, che i fidejussori dovessero restare egualmente obbligati come i medesimi erano nella prima obbligazione; se questi si rifiutano, l' antica obbligazione resterà nel suo vigore.

(1) *L.* 30. *de novat.* Pothier *num.* 563.

Sezione III.

Della rimissione del debito.

SOMMARIO.

Art. 1236. *La volontaria restituzione al proprio debitore del titolo originale....*

Art. 1237. *La tradizione volontaria della prima copia autentica....*

Art. 1238. *La tradizione della scrittura originale sotto firma privata....*

Art. 1239. *La remissione, o liberazione convenzionale a prò di uno de' condebitori solidali....*

I. Presso de' Romani siccome si faceva la distinzione tra contratti consensuali, e contratti verbali, il modo come estinguere le obbligazioni, mediante la remissione, era diverso. Il semplice consenso di volere il creditore al suo debitore rimettere il debito, bastava ad estinguere l' obbligazione consensuale. Era assioma che tali obbligazioni con mutuo dissenso del-

le parti si toglievano. Per ciò che riguarda i contratti verbali si dovea badare ad una sollennità verbale chiamata dai Romani *accettilazione* e con questa maniera si rimetteva il debito compreso in simili obbligazioni. È noto a tutti ancorchè principianti del dritto, il ritrovato della *stipula Aquiliana.* Si veda Einecio nelle sue antichità Romane (1).

Questa distinzione è contraria alla semplicità del dritto di natura, ed alle nostre usanze. Ogni obbligazione qualunque ella sia, ed in qualunque modo sia stata formata si estingue oggi di pieno dritto mediante una semplice convenzione di remissione tra le parti capaci di contrattare e di ricevere una liberalità.

Questo principio, che le obbligazioni si estinguono con un contrario consenso, o mediante una reciproca remissione, non soffre altra eccezione, se non quella mediante la quale la legge sulla veduta del pubblico interesse dichiara una obbligazione indissolubile, o almeno quando la stessa legge regola la forma della dissoluzione, come accade nel matrimonio.

Ma se il consenso delle due parti estingue ogni specie di obbligazione; si cerca sapere, se la semplice dichiarazione della volontà del creditore, che manifesta voler la remissione del debito produca l'estinzione dell'obbligazione pria che il debitore accetti la remissione. Barbeirachio sul commento che fa in Puffer-

(1) *Tit. quibus modis tollitur obligatio lib.* 3.

Digitized by Google

dorfio (1) asserisce non esservi necessaria l' accettazione del debitore. Conchiude che se il debitore rifiutasse la remissione del creditore; il debito non sarebbe estinto nel momento in cui il creditore fece la rinuncia, nè può costringersi a conservare un dritto, che egli ha abdicato. Altri opinano esservi necessaria l' accettazione. Pothier di fatti nel numero 578 di questo titolo sostiene l' opposto sentimento; poicchè dice che il creditore intanto fa la remissione, in quanto che intende di fare una donazione del suo dritto al debitore, ora non si può dar idea di donazione senza l'accettazione del donatario. È noto l'assioma *beneficia invitis non obtruduntur.*

La remissione del debito può farsi in due maniere o espressamente, o tacitamente. Allora quando dicesi nell' articolo 1236: *Il creditore che abbia restituito al proprio debitore il titolo originale del credito sotto firma privata fa prova della liberazione*, più sull' articolo 1237 si dice, *la tradizione volontaria della prima copia autentica in forma esecutoria della scrittura di obbligo fa presumere la remissione del debito, o il pagamento, senza pregiudizio della pruova in contrario*: più nell'articolo 1238 si dice, *la tradizione della scrittura originale sotto firma privata, o della copia suddetta ad uno de' debitori solidali produce l'istes-*

(1) *Dritto di natura, e delle genti lib.* 3. *Cap.* 2. §. 7. *num.* 6. *Tom. II.*

so effetto a vantaggio degli altri debitori. In questi articoli si parla chiaramente della tacita remissione.

Nell' articolo 1237 si dice, che *la tradizione della prima copia autentica in forma esecutoria della scrittura di obbligo fa presumere la remissione del debito, o il pagamento.* Sotto più rapporti la copia di prima spedizione ritenuta dal creditore, vien considerata come il titolo originale (1). Con ciò si presume, che niun creditore voglia privarsi di un mezzo come costringere il suo debitore: quindi è nata la ridetta presunzione. Questa è una presunzione legale, la quale non può cedere, se non ad una prova in contrario. Osserva Maleville che negli articoli 1236, 1237 per un pleonasmo si è aggiunta la parola *volontaria*, mentre era sufficiente il dire *la restituzione al proprio debitore, la tradizione della prima copia.* Fatta la remissione a Tizio dal suo creditore s' intende fatta a beneficio del debitore, de' suoi eredi ancora. La remissione s' intende sempre essere reale, cioè fatta a beneficio del debitore, de' suoi eredi, e di tutti coloro che hanno interesse a vedersi liberati dalla obbligazione. Ne' contratti si ha sempre in mira l' erede (2).

Nell' articolo 1238 è detto: *la tradizione della*

---

(1) *Questa dottrina sarà analizzata nel titolo della pruova delle obbligazioni.*

(2) §. *IV. art.* 1288.

Digitized by Google

scrittura originale sotto firma privata, *o della copia suddetta ad uno de' debitori solidali*, *produce lo stesso effetto a vantaggio degli altri debitori*, più nell'articolo 1239 dicesi: *la remissione*, *o liberazione convenzionale a pro di uno de' condebitori solidali libera tutti gli altri*, *purchè contro di costoro il creditore non abbia espressamente riservato i suoi dritti.*

In quest' ultimo caso non può ripetere il credito, *se non fatta deduzione della parte di colui*, *al quale ha fatta la remissione.*

Queste dottrine si devono combinare coll' articolo 1151 nel quale è detto: *il debitore ha la scelta di pagare o all' uno*, *o all' altro de' creditori solidali*, *quando non sia stato prevenuto da uno di essi con giudiziale domanda.*

Ciò non di meno la remissione del debito fatta da un solo de' creditori solidali non libera il debitore, *se non se per la porzione di tal creditore.*

Ecco quanto dice Toullier: dopo di aver trascritto l'articolo 1239 nel quale si dice: *la remissione*, o *liberazione convenzionale a pro di uno de' condebitori solidali libera tutti gli altri*, in una nota vorrebbe l'autore sapere, se questa liberazione è nella sola parte virile, o nella parte reale. La quistione egli dice essere importante. Nell' articolo 1169 dicesi: *se l'affare per cui fu contratto il debito solidale non riguardava che uno degli obbligati in solido*, *questi sarà tenuto per tutto il debito verso gli altri*, *i quali non saran-*

no considerati altrimenti verso di lui, che come fidejussori. Ora ponghiamo l' esempio seguente. Primo, e Secondo presero a prestito solidalmente da Tizio una somma di quattromila docati, impiegata unicamente a profitto di Primo, il quale non avrebbe tal credito trovato senza la firma di Secondo. La parte reale di Primo nel debito è la totalità, la sua parte virile è la metà. Si finga che Tizio voglia gratificare Primo, e gli faccia perciò la remissione della sua parte nel debito di docati quattromila: si ha riservato però il suo dritto contro Secondo. Quale parte dunque si deve intendere rilasciata? se si parla della parte reale, Primo era nella totalità obbligato: la sua parte virile è la metà. Bisogna dunque intendere che sia stata rimessa quella porzione della quale Tizio volea farne donazione. Se il creditore ignorava, che la somma dei docati quattromila era tutta ceduta a beneficio di Primo, allora s'intende di aver voluto rimettere la porzione virile, se poi sapeva che niuna parte tornava a vantaggio di Primo, s' intendeva accaduta la remissione nella totalità.

Pothier non ostante che nelle leggi Romane era stabilito, che se il creditore facesse una remissione ad uno de' debitori solidali tutti gli altri condebitori restassero disobbligati, pure opinò contro il sentimento di Ulpiano concepito ne' seguenti termini. *Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, sed et hi, qui secum obligantur. Nam*

Digitized by Google

cum ex duobus, pluribusque ejusdem obligationis participibus uni accepto fertur, caeteri quoque liberantur: non quoniam ipsis accepto datum est, sed quoniam velut solvisse videtur is qui acceptilatione solutus est.

Nell' articolo 1151 dopo di essersi detto, che il debitore solidale ha la scelta di pagare a quel creditore solidale, che più gli aggrada, si soggiunge: *ciò non di meno la remissione del debito fatta da un solo de' creditori solidali non libera il debitore, se non per la porzione di tal creditore.* Ora dicendosi in questo articolo 1239 che *la remissione a pro di uno de' condebitori solidali libera tutti gli altri, purchè contro di costoro il creditore non abbia espressamente riservato i suoi dritti.* Sembra esservi una qualche contradizione ne' due articoli. Non si può negare come poco fa si è detto rapportandosi il responso di Ulpiano, che nel dritto Romano il creditore, il quale esigeva da uno de' debitori solidali la totalità del credito, non era obbligato di ripartire l' esazione fatta cogli altri condebitori solidali. Più un debitore solidale non potea ripetere dagli altri condebitori quello che credeva di aver di più pagato.

Nell' articolo 1166, e 1167 queste dottrine hanno sofferta riforma dicendosi quì che *la remissione a beneficio di uno de' condebitori solidali libera tutti gli altri.* Il senso della legge si è il seguente. Siccome il creditore esigendo tutto il credito, potrebbe dagli altri concreditori essere convenuto per la ripartizione tra

gli altri creditori solidali, così remittendo il debito, ed essendo uno solo il creditore solidale, che intende estinguere l'obbligazione mediante la remissione, la di lui volontà deve essere intesa estensivamente, mentre da tale sua benefica risoluzione ognuno ne deve render conto. Egli solo dimostrerà il limite del suo beneficio, e per conseguenza deve egli spiegare di non intendere di voler estendere la sua remissione di debito a tutti i debitori solidali. Che se poi non sia uno il creditore solidale, ma più, se uno tra questi rimetta, rimetterà la sua porzione, non il tutto di cui non era padrone farne la remissione a danno degli altri. Quindi nell' articolo a ciò alludendosi si dice: *in questo ultimo caso non può ripetere il credito, se non fatta deduzione della parte di colui, al quale ha fatta la remissione.* Si può osservare ciò che di sopra si disse nell'articolo 1151 e le dottrine di Toullier (1).

Art. 1240. *La restituzione del pegno non basta per far presumere la remissione del debito....*

Art. 1241. *La remissione, o liberazione convenzionale....*

Il fondamento di questi due articoli è nel principio legale: che il principale possa sussistere senza l' accessorio; ma non già questo senza di quello. Si

(1) *Lib. 3. tit. 3. Cap. 4. delle diverse obbligazioni num.* 726., e 727.

Digitized by Google

sa che i pegni, che le fidejussioni sono contratti accessorii, e perciò dicesi, che la restituzion del pegno non fa presumere la liberazione. All'opposto *la remissione, o liberazione convenzionale accordata al debitore principale* (dicesi nell'articolo 1241) *libera i fidejussori: quella accordata al fidejussore non libera il debitore principale: quella accordata ad uno de' fidejussori non libera gli altri.*

Art. 1242. *Ciò che il creditore ha ricevuto da un fidejussore per liberarlo dalla cauzione, deve imputarsi nel debito, e portarsi in discarico del debitore principale, e degli altri fidejussori.*

Pothier fu di sentimento di doversi appropriare al creditore tutto ciò che avesse ricevuto da un fidejussore per liberarlo dalla sua fidejussione, e ciò per compensarlo dal pericolo nel quale erasi esposto, cioè di perdere il suo credito nel caso trovasse insolvibile il debitore principale. Questo ragionamento non è stato adottato dal nuovo codice, e si è ordinata l'imputazione, come chiaramente apparisce nell'articolo.

SEZIONE IV.

Della compensazione.

SOMMARIO.

I. *Cosa sia la compensazione, ed in qual modo, viene ad essere operata: se sia vero, che la compensazione si debba in taluni rincontri opporre per via di eccezioni: se sempre sia permessa la compensazione per qualunque debito, e credito: eccezioni che si portano su di tal particolare.*

II. *Se il fidejussore; se i debitori solidali possano tra di loro opporre la compensazione: se si estinguano i privilegii, e le ipoteche.*

Art. 1243. *Quando due persone sono debitrici l' una verso l' altra, ha luogo fra esse una compensazione, che estingue i due debiti nel modo, e ne' casi da esprimersi appresso.*

Art. 1244. *La compensazione si fa* ipso jure.

I. La materia della compensazione doveva essere trattata di unita a quella della imputazione, giacchè la compensazione non è altro che la imputazione reciproca di ciò che l' uno all' altro deve, *debiti*, *et*

Digitized by Google

crediti inter se contributio scrisse Modestino (1).

Allorchè per qualunque causa divengo creditore di uno che mi era debitore, io ho il dritto d' imputar la somma, che dovea al mio creditore. Questa operazione riuscirebbe sempre sensibile, se ciascun individuo avesse il sistema praticato dagli antichi romani, o quello, che si usa dai commercianti di avere i libri di riscontro in regola, dai quali registri apparisca la serie degli atti commerciali e delle spese che giornalmente si fanno. Questa compensazione, quando sia accaduta legalmente estingue i due debiti; quindi allorchè in giudizio si propone la compensazione non si fa altro che istruire il giudice di un fatto, che da se non poteva indovinare, cioè che le due parti siano reciprocamente creditrici, e debitrici, e che quindi i due debiti sono estinti. Ecco la ragione per la quale nell' articolo 1290 dicesi: *la compensazione si fa* ipso jure *per operazione della legge senza saputa de' debitori. Nel momento in cui i due debiti esistono contemporaneamente, si estinguono reciprocamente fino alla concorrenza delle rispettive loro quantità.* La legge dice che la compensazione opera *ipso jure*, ciò è per la sola forza della legge, da che l' estinzione rispettiva de' due debiti non produce il suo effetto dal giorno in cui si oppone la compensazione in giudizio, ma dal giorno dal quale le parti sono dive-

(1) *L.* 1. *de compens.*

nute reciprocamente debitrici, e creditrici cioè l'una dell'altra. Ciò non ostante però non mancano de' casi in cui la compensazione deve proporsi per via di eccezione, ed anche per via di riconvenzione. In questi casi bisogna che il debitore la proponghi: così se abbia ricevuto un deposito da Cajo, indi divenni erede di mio padre a cui Cajo dovea una somma, che producea interesse. La compensazione di queste due somme liquide non accade *ipso jure* dal giorno della morte di mio padre, epoca nella quale io sono divenuto vostro creditore; ma se io domando la somma che Cajo dovea a mio padre di unita all' interesse, e che mi si oppone in compensazione la somma, che fu depositata presso di me, la compensazione si opererà *ope exceptionis*, ma non già *ipso jure*, e sarà operativa non già dal giorno nel quale io divenni creditore, ma dal giorno in cui voi me l'avrete opposta.

Come accada operarsi la compensazione mediante la riconvenzione, si può vedere presso di Toullier che con molta precisione ne ragiona.

Art. 1245. *Non ha luogo la compensazione, se non tra due debiti, che hanno egualmente per oggetto una somma di danaro.*

Le prestazioni di grano....

Sarebbero mal applicati i principii della legge, se mai non fossero egualmente rispettati i dritti del creditore, e debitore, se l'uno di essi potesse mediante

Digitized by Google

le sue azioni conseguire diritti differenti, sarebbe tolta l' eguaglianza tanto necessaria ne' contratti, quindi la compensazione non ha luogo, se non tra due debiti, i quali hanno egualmente per oggetto una somma di danaro, o una certa quantità di cose fungibili della medesima specie. *Compensatio debiti ex pari specie admittitur* (1). Quindi giustamente nell' articolo si dice: non aver luogo la compensazione tra due debiti, che non hanno egualmente per oggetto una somma di denaro, o una determinata quantità di cose fungibili, *e che sono egualmente liquidi*, *ed esigibili.* Ecco dunque stabilita la compensazione tra due, uno de' quali fosse debitore in una somma di denaro, e l' altro in una quantità certa di cose fungibili. Non essendo però certo il valore delle cose fungibili, variando questo secondo le diverse circostanze de' tempi, perciò nella quarta parte dell' articolo 1245 si dà una regola generale per la fissazione del valore delle cose fungibili: *le prestazioni non controverse di grani o di derrate, il cui valore è regolato dal prezzo de' pubblici mercati, possono compensarsi con somme liquide ed esigibili.* Dal detto si vede che le somme, che reciprocamente si devono bisogna che siano liquide, ed anche esigibili, se poi il credito, o debito di uno fosse liquido, il dritto dell' altro fosse controverso, o pure non esigibile, cioè vi fosse l' azione

(1) *Paul. sentent. XI.*

ad esigere, ma non ancora *venisset dies*, in questo caso non si darebbe luogo alla compensazione. Nell' articolo 1246 è detto però, che le dilazioni gratuite non sono di ostacolo alla compensazione, questa decisione è anche presso la legge romana (1). È però da avvertirsi che questa dottrina avrà luogo, quante volte una tale gratuita dilazione venghi accordata per opera del magistrato: che se fosse per effetto di una nuova convenzione, in questo caso non avrebbe luogo la compensazione, non essendo il debito esigibile: *Aliud est diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutioni* (2). Colui il cui credito è sottoposto ad una condizione sospensiva non può compensare questo credito condizionato con i suoi debiti puri, e semplici, perchè non solo non è esigibile, è anche incerto se quello esisterà: la sua esistenza è solamente sperata, *spes est debitum iri*. Al contrario se il credito fosse sottoposto ad una condizione risolutiva può la compensazione aver luogo.

Tra le altre condizioni, che devono aver luogo si ricerca che il debito da compensarsi sia personale a colui, che l' oppone, o a colui a cui si oppone: *ejus quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii compensatio fieri non potest* (3).

---

(1) *L.* 16. §. 1. *de compens.*
(2) *L.* 16. §. 1. *de compens.*
(3) *L.* 9. *C. de compens.*

Digitized by Google

È anche necessario che il debito opposto in compensazione sia personale a colui, a cui si oppone. Senza queste condizióni le due qualità di creditore, e debitore non si trovano riunite nelle medesime persone, e ciò forma il concorso di queste due qualità, le quali solo possono oprare la compensazione fino alla dovuta concorrenza.

Art. 1247. *La compensazione ha luogo qualunque sieno le cause dell' uno, o dell' altro debito.*

La compensazione al dire di Paulo: *Admittitur ex pari specie*, ma non è necessario che i debiti traggono la loro origine da cause somiglianti, quì non si considera la causa del debito, ma il reciproco pagamento, che n'è il fine per il quale il dritto è uguale, quindi non deve aver luogo quando dice Pothier (1) di doversi fare una distinzione tra un debito di una cosa determinata, o indeterminata. Giacchè non si deve considerare la causa del debito. In forza di quanto si è detto resta tolta in modo affermativo la controversia: se il debito proveniente da una sentenza si possa sottomettere a compensazione. I debiti devono esser liquidi. Cosa s'intende per liquido?

Giustamente disse Fabro nel suo codice Fabriano (2). *Pro liquido habendum est quod in promptu liquidari potest*, più è d'avvertirsi che la compensazione estin-

(1) *Num.* 588. *l. c.*
(2) *L.* 4. *tit.* 23. *defin.* 1.

gue in tutto, o in parte il debito. Ordinariamente la compensazione non ha luogo, che tra debiti, i quali hanno per oggetto una somma di danaro, o una certa quantità di cose fungibili *della medesima specie*, come una certa quantità di biada, di vino, d'olio *in genere*, e non già di tal vino, e di tal olio. Tra questa, e quella cosa, sebbene l'una, o l'altra fungibile di loro natura vi ha sempre però qualche differenza. Se uno de' debiti era di una certa quantità di vino di tale anno, di tale valore, quella non sarebbe suscettibile della compensazione con un debito di una medesima quantità di vino *in genere*. I due debiti non possono compensarsi *ipso jure*, e voi non potrete ottener la compensazione senza mio consenso, giacchè in caso opposto io sarei costretto, a ricevermi una cosa per un'altra, una cosa, che non può essere in luogo di quella, che mi si deve.

Il debito di una cosa indeterminata di una certa specie, sebbene non fungibile è suscettibile di compensazione legale con un'altro debito della medesima natura. Così se io vi ho venduto un cavallo, un bue senza determinarlo individualmente ed in seguito voi divenite l'unico erede di una persona, che mi ha legato un cavallo, un bue, anche senza individualmente determinarlo, in questo caso i due debiti si compensano *ipso jure*, perchè a niuno de' debitori è permesso impedirlo.

Il debito di un corpo certo, e determinato può

Digitized by Google

essere anche suscettibile di compensazione, allorchè l' oggetto rispettivo de' debiti consiste in una parte aliquota di un corpo indiviso. Così voi mi avete venduto il terzo del fondo Corneliano, che voi possedete indiviso con Primo, e Secondo. Primo mi vende in seguito il suo terzo indiviso, e muore dopo di avermi nominato suo legatario universale, il tutto pria di seguire la divisione del fondo Corneliano. Voi mi dovete un terzo per indiviso, che mi avete venduto: voi mi dovete un terzo anche indiviso, come legatario di Primo: vi è quì dunque una perfetta identità tra questi due debiti: questi si compensano di pieno dritto (1). La descritta dottrina ha vigore senza pregiudizio delle ipoteche acquistate prima della compensazione, la quale nella specie proposta resta effettuita all' istante della morte di Primo. Si sa, che la compensazione non può aver luogo a pregiudizio dei dritti da qualcheduno acquistati, come è deciso nell' articolo 1252: la stessa ragione dimostra che le ipoteche create dopo la morte di colui, che mi nominò legatario non hanno vigore.

Nell' articolo 1247 si adducono tre casi ne' quali la legge non vuole la compensazione, e ciò per mantenere l' ordine pubblico, e la buona fede, che in taluni contratti deve essere esuberante, quindi 1.° *non ha luogo quando si domanda la restituzione di una*

(1) Pothier *num.* 588. *in fin.*

cosa di cui il proprietario fu spogliato. L' ordine pubbligo esige che *spoliatus ante omnia restituendus.* 2.° *Quando si domanda la restituzione del deposito, o del commodato.* Presso de' romani era cosa certa non dovere aver luogo la compensazione nel deposito. Per analogia si estese da Cujacio questa dottrina al comodato, oggi il codice ha ciò espressamente sanzionato. 3.° *Quando si tratta di un debito, che ha per causa alimenti dichiarati non soggetti al sequestro.* È noto l' assioma, *necare videtur qui alimonia denegat* (1).

Presso de' romani era stabilito non darsi luogo alla compensazione in materia di deposito: il deposito in fatti è un' atto di confidenza, e di fiducia, è qualche volta anche di necessità. Sembrò cosa contraria alla buona fede autorizzare il depositario a rifiutarsi, o ritardare la restituzione del deposito sotto pretesto di compensazione. Allorchè il depositario però abbia fatto delle spese per la conservazione della cosa depositata può ritenerla per dritto di ritenzione, quasi *jure pignoris* sino a che non sia rimborsato (2). Voet (3) però si oppone a tale opinione.

L' eccezione, che si adduce per causa degli alimenti dichiarati *non soggetti a sequestro* era una opi-

---

(1) *L. 4. de agnosc. lib.*

(2) Pothier *num.* 585.

(3) *Pandec. tit. de compen. num.* 16.

Digitized by Google

nione proposta dai dottori, ed adottata da Pothier (1), la medesima però è fondata su di un principio legale, cioè che il debitore della pensione alimentaria non deve essere di miglior condizione, che gli altri creditori di colui, a cui la pensione è dovuta. Ma se il debitore della pensione non può opporre la compensazione, non può nemmeno allegare per eccezione che il credito, che oppone è stato compensato in sostegno della persona, che ha dritto agli alimenti.

Art. 1248. *Il fidejussore può opporre la compensazione....*

E similmente il debitor solidale....

Art. 1249. *Il debitore che puramente, e semplicemente ha accettata la cessione....*

La cessione non accettata dal debitore....

Art. 1250. *Quando i due debiti non sieno pagabili nell' istesso luogo....*

Si è detto di sopra che si può opporre la compensazione quando il debito è personale di colui a cui si oppone: sembra ora che si abbandona un tal principio nell' articolo 1248 allorchè si dice: *Il fidejussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitor principale.* Bisogna quì ricordarsi del legale principio, di cui si parla nell' articolo 1908, cioè: tutte le eccezioni, le quali spet-

(1) *Num.* 589.

tano al debitor principale, purchè non sieno meramente personali, competono ai fidejussori. È certo che il debitore principale aveva il dritto alla compensazione, dunque questa deve darsi ancora al fidejussore: giustamente poi si soggiunge *il debitore principale non può opporre la compensazione di ciò, che il debitore debba al fidejussore.*

Coll' essersi detto potersi opporre dal fidejussore la compensazione per ciò che il debitore principale dovea conseguire dal suo creditore, fa nascere un dubbio, se tale teoria sia anche applicabile nel caso, che il fidejussore siasi obbligato solidalmente col debitore. Nell' articolo 2021 è detto che *il fidejussore debba pagare in mancanza del debitore principale, il quale deve preventivamente essere escusso sopra i suoi beni, qualora il fidejussore non abbia rinunciato al beneficio della escussione, o non siasi obbligato solidalmente col debitore*: nel qual caso l' effetto della sua obbligazione si regola cogl' istessi principii stabiliti riguardo a' debiti solidali. Ora in questo articolo, che si sta analizzando dicesi, che *il debitore solidale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al suo condebitore.* Dalla materiale giacitura delle parole del medesimo articolo apparisce che il fidejussore, il quale si è obbligato solidalmente non possa opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale. Toullier (1) riflette,

(1) *Num.* 376.

Digitized by Google

che bisogna modificare la presente disposizione coll'articolo 1836 nel quale si dice, che tutte le eccezioni, che competono al debitore principale, competono anche al fidejussore. La redazione troppo generale dell'articolo 1493 produce oscurità: si augura Toullier di vederla corretta nella riforma del codice, o almeno cambiarsi la disposizione finale dell'articolo 1248.

Non vi è dubbio che il debitore solidale, sebbene non debba personalmente che una porzione della sua obbligazione, pure può opporre la compensazione di ciò che egli deve nella totalità del credito pel pagamento pel quale è convenuto.

Art. 1251. *Quando la medesima persona abbia più debiti da poter compensare, si osservano per la compensazione le stesse regole, che si sono stabilite per l'imputazione nell'articolo* 1209.

Si è detto di sopra che la compensazione è considerata come un rispettivo pagamento: ora questo pagamento operandosi di pieno dritto non vi necessita alcun patto per far seguire l'imputazione; quindi giustamente il codice si rimette a quanto si disse relativamente alla imputazione.

Art. 1252. *La compensazione non ha luogo a pregiudizio de' dritti acquistati da un terzo.*

Art. 1253. *Colui, che ha pagato un debito....*

Quante volte un debitore abbia sofferto un sequestro di ciò, che egli dovea ad un terzo, in questo

caso è divenuto un depositario giudiziario: gli è proibito pagare a pregiudizio del sequestrante, quindi la compensazione non può aver luogo a danno del sequestrante, ecco perchè nell' articolo si dice. *La compensazione non ha luogo a pregiudizio de' dritti acquistati da un terzo.* Soggiunge però l'articolo: *Quegli perciò che essendo debitore è divenuto creditore dopo il sequestro fatto presso di se a favore di un terzo, non può opporre la compensazione in pregiudizio di chi ottenne il sequestro.* Nell' articolo 1253 si dice: *che colui, che ha pagato un debito, che per legge era estinto in virtù della compensazione, volendo sperimentare il credito di cui non ha opposta la compensazione, non può in pregiudizio de' terzi prevalersi de' privilegii, ed ipoteche, che vi erano annesse.* Di fatti la compensazione operando *ipso jure* viene ad estinguere l'obbligazione, essendo le ipoteche, ed i privilegii accessorii della medesima, e non potendo l'accessorio sussistere senza il principale, necessariamente devono restare annientate. Inutilmente dunque il creditore cercherebbe di far rinascere la sua obbligazione sotto pretesto di non aver opposta la compensazione. Questa è operativa in forza della legge, non già per volontà del debitore, o creditore: giustamente quindi vien definito che non possa prevalersi dei privilegj, e delle ipoteche a danno dei terzi.

Nell' ultima parte però l'articolo dice: *purchè non*

Digitized by Google

abbia avuto un giusto motivo d' ignorare il credito, che avrebbe dovuto compensare il suo debito. Di fatti non vi sarebbe della equità naturale, che per effetto di tale ignoranza perdesse il vantaggio del privilegio, o dell' ipoteca annessa al suo antico credito (1).

SEZIONE V.

Della confusione.

ART. 1254. *Quando la qualità di creditore, e debitore....*

ART. 1255. *La confusione, che ha luogo nella persona del debitore principale giova ai suoi fidejussori....*

La confusione, i giureconsulti dissero essere in generale, la unione o la miscela che opera il cambiamento di più cose. Questa voce presa in questo senso può avere tre significati. 1.° La unione di più materie appartenenti a persone differenti, e questa è la confusione, o commistione di cui noi ne abbiamo parlato nel libro 2. Tomo IV. 2.° La riunione di diversi dritti, che più persone avevano su di una medesima cosa, e che poi tutti questi dritti si sono consolidati nella

(1) Pothier *l. c. num.* 603. 604.

persona di un solo. 3.° S' intende pel concorso, o sia la riunione di due dritti, o due qualità, le quali erano in diverse persone, o poi si sono riunite in una sola. Di questa confusione quì si parla.

L' effetto di questa confusione è quello di estinguere, di annientare i dritti, e le obbligazioni incompatibili, che si trovano riuniti, o confusi nella medesima persona. Quella queste estingue in modo, come se mediante il pagamento fosse restata estinta l' obbligazione: disse Cujacio (1). *Confusione perinde atque genere solutionis tollitur omnis obligatio.* La confusione estingue in tutto, o in parte le obbligazioni. Quando nella medesima persona si riunisca il dritto di creditore, e quello di debitore, si estingue sempre l' obbligazione nel modo, che si è detto nella compensazione: quindi giustamente nell' articolo 1254 dicesi: *Quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, succede una confusione di dritto, che estingue i due crediti.* Se il debitore succede al creditore, o il creditore al debitore, o un terzo a tutti due non vi è dubbio alcuno, che l' obbligazione resta estinta per la totalità, se egli solo sia l' erede, se poi vi sieno più coeredi, in tal caso l' obbligazione è estinta nella virile: implicarebbe contradizione, che io dovessi a me medesimo, divenendo, e creditore e debitore di me

(1) *L. 59. ad S. P. Trebell. in quaest. Pauli.*

Digitized by Google

stesso. Questa dottrina vale se io abbia accettato puramente, e semplicemente l'eredità, non già avendola accettata col beneficio dell'inventario.

Ripugna che una istessa persona sia di se stessa debitrice, e creditrice; quindi giustamente si dice nell'articolo 1255: *La confusione, che ha luogo nella persona del debitore principale giova ai suoi fidejussori: quella che succede in persona del fidejussore, non estingue l' obbligazione principale.*

Allorchè uno de' debitori solidali diviene erede unico del creditore, o allorchè il creditore diviene l'unico erede del debitore, la confusione non estingue il credito solidale, che per la parte, e porzione del debitore, o del creditore, è deciso accadere nella persona di cui si opera la confusione: questa non ha altro effetto in tal caso, che di togliere una persona dalla obbligazion solidale, e di estinguere con i suoi accessorii l'obbligazione sua personale (1). Così l'azion solidale sussiste tra gli altri condebitori, deduzione fatta della parte confusa: ma se si trovino degl' insolvibili, il condebitore divenuto solo erede del creditore, deve sopportare la sua quota nella insolvibilità. La stessa dottrina deve valere nel caso opposto, allorchè il creditore è divenuto l'unico erede di uno de' debitori solidali: che se poi uno de' creditori solidali succede al debitore, o il debitore al

(1) *Leg.* 71. *dig. de fid.*

uno de' creditori solidali, l'obbligazione non si estingue mediante la confusione, che per parte di questo creditore, *cujus persona eximitur.*

Del resto i dritti, e l'obbligazioni deducendone solo la sua parte restano nel medesimo stato, come se giammai avessero avuta la loro esistenza; conchiude quindi l'articolo 1255: quella confusione che ha luogo nella persona del creditore non giova ai suoi condebitori solidali, se non per la porzione di cui egli era debitore.

Sezione VI.

Della perdita della cosa dovuta.

Art. 1256. *Quando una certa, e determinata cosa, che formava l' obbligazione venga a perire....*

Art. 1257. *Allorchè la cosa è perita, o posta fuori di commercio....*

Nell' articolo 1090 si disse che l' obbligazione di dare includeva quella di consegnar la cosa, e di conservarla sino a che sarà consegnata, sotto pena di risarcimento de' danni, e degl' interessi verso il creditore. Ciò posto se prima di consegnarsi la cosa, essendo però *certa*, e *determinata* venghi a perire senza colpa del debitore, viene allora a verificarsi *de-*

Digitized by Google

bitores certae speciei per rei interitum liberantur, e perciò nell' articolo presente si dice: *L' obbligazione si estingue, se la cosa sia perita, o perduta senza colpa del debitore, o prima che egli sia in mora.* Di fatti il debitore si trovava nella impossibilità di consegnar la cosa, e perciò non essendo tenuto all' impossibile, l' obbligazione si estingue.

Più, non è tenuto ai danni, ed interessi, giacchè la inesecuzione non deriva da un fatto, che possa essergli imputato. Questa dottrina deriva dall' articolo 1101. Nel gius romano era stabilito nell' istesso modo, non ostante che la promessa di dare un corpo determinato non trasferiva il dominio, essendovi necessaria la tradizione. Secondo i principii del nostro codice colla sola obbligazione di consegnare la cosa certa, e determinata si trasferisce il dominio nella persona del creditore, onde si viene a verificare, che *res perit, domino perit.*

Acciocchè quello che si è detto venghi a verificarsi, si ricerca che la cosa sia certa, e determinata: se poi fosse indeterminata, o pure fossero cose determinate nel solo genere, non verrebbe a restare estinta l' obbligazione: è assioma di legge antica; *et genus, et quantitas nunquam pereunt*, principio sanzionato benanche dal nostro codice: così avendo io promesso un cavallo, cento tomoli di grano, ancorchè sieno morti tutt'i miei cavalli, sia perito il grano che io aveva presso di me nei miei granili, non resta estin-

ta la mia obbligazione; simili quantità non periscono, avendo il debitore altre vie a poter comprare altri cavalli, grano, ec.

L' articolo non solo parla della perdita, la quale accade per deperimento della cosa istessa, o che *si perda in modo, che se ne ignori assolutamente l'esistenza*, ma parla benanche del caso in cui *sia posta fuori del commercio.* Il codice con queste espressioni altro non ha voluto intendere, che di sanzionare il principio, cioè di restare estinta l' obbligazione quante volte il debitore senza sua colpa si trova nella impossibilità di poter consegnare la cosa promessa, quindi i romani giureconsulti, anche stabilirono, che resta estinta l' obbligazione di dare una cosa *si res inciderit in eum casum, a quo incipere non poterat.* La descritta teoria è da avvertirsi aver luogo quante volte senza sua colpa il debitore si sia posto nello stato di non poter prestare la cosa dovuta, che se poi la cosa certa, e determinata per sua colpa sia perita, sarà estinta l' obbligazione relativa alla consegna della cosa, ma sarà tenuto ai danni, ed agl' interessi: indi è da applicarsi la legge romana. *Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non poterunt.* Toullier (1) rapporta varie dottrine al proposito.

---

(1) *L. c.*

Digitized by Google

Nella seconda parte dell'articolo dicesi: *quando anche il debitore sia in mora, e non abbia assunto a suo carico il pericolo de' casi fortuiti, si estingue l' obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore, ove gli fosse stata consegnata.* Questa disposizione è figlia dell' equità naturale. Se il debitore è risponsabile per la perdita, lo è per effetto dei danni, e degl' interessi accagionati al creditore. Ma non se gli può imputare simile perdita, nè condannarlo ai danni, ed agl' interessi, che sarebbe una pena della sua colpa, allorchè non essendosi obbligato ai casi fortuiti, provi, che la cosa avrebbe sofferto lo stesso deperimento, se mai fosse stata consegnata al creditore. Giustamente l' articolo istesso comanda che la prova relativa alla dimostrazione, che la cosa sarebbe egualmente perita presso del creditore è imposta al debitore; quindi nella terza parte è detto: *il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega.* L' articolo nell' ultima sua parte prevede il caso in cui la cosa perita fosse stata rubata dal debitore: vuole che in questo caso non debba ricercarsi se la cosa egualmente sarebbe perita presso del suo padrone. Colui, che ha commesso un furto è tenuto a restituire il valore della cosa in qualunque maniera sia perita. È però da avvertirsi, che se mai la cosa dovea darsi per effetto della convenzione, il debitore costituito in mora non solo sarà egli tenuto ai danni, ed agl' interessi, ma benanche

questo peso passerà nella persona de' suoi eredi. Sostiene Toullier, che un tale rigore deve farsi risentire dal solo ladro, e non dai suoi eredi; quindi ecco come si esprime il codice: *in qualunque modo sia perita, o siasi smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha sottratta dalla restituzione del valore.*

Si è detto di sopra nell'articolo 1092 che l'obbligazione di consegnare costituisce proprietario il creditore, quantunque non sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora a consegnarla. Non ostante tale dottrina il codice nell'articolo 1257 sembra di volersi allontanare da tale massima: dicesi nel citato articolo, allorchè la cosa è perita, o posta fuori di commercio, o perduta senza colpa del debitore, è questi tenuto a cedere al suo creditore i dritti, e le azioni d'indennità, che sulla medesima potrebbe avere. Sembra non esser necessaria tale cessione essendo il creditore divenuto proprietario coll'atto della convenzione. Il codice a togliere ogni lite ha voluto rapportare l'antica dottrina. Bisogna però confessare la verità, che questa dottrina non è più in armonia colle nuove leggi. Anzi Toullier osserva che un simile articolo siasi trovato inserito nel codice nè può indovinarsi da chi, nè per qual ragione; quindi si augura di vederlo tolto nella riforma del medesimo.

Digitized by Google

Sezione VII.

Delle azioni di nullità, o di rescissione de' contratti.

SOMMARIO.

I. *Qual sia la differenza tra nullità, e rescissione: di quante specie è la nullità. Colui, che si dice di essere stato leso dentro quanti anni deve domandare la rescissione: quando comincia a correre un tale tempo. Differenza tra gli atti fatti da un minore non emancipato, e quando è emancipato.*

II. *Per quali cause il minore non può domandare la restituzione in intero: che dirsi, se il contratto fatto nella minore età venghi ratificato nell'età maggiore: se il minore possa essere condannato a restituire quel prezzo, che ebbe nella minor' età in seguito delle contratte obbligazioni: Non si possono rescindere gli atti fatti dai minori, o dagl'interdetti quante volte si sieno adoprati tutt' i solenni dalla legge prescritti.*

Art. 1258. *L' azione per annullare, o per rescindere un contratto dura dieci anni....*

Questo tempo non comincia a decorrere nel caso di violenza, se non....

Relativamente agli atti fatti dagl' interdetti ...

I. Sebbene Toullier sostenga, che tra nullità, e rescissione, voci delle quali quì si fa uso, sieno tra di loro differenti, pure non mancano degli autori fra quali Delvincourt, i quali sostengono l'opposto sentimento, dicendo, che qualunque sia la nullità dell'atto, o che questa deriva dall'incapacità delle persone che lo fecero, o dalla mancanza de' solenni dalla legge prescritti, sempre siccome si ricerca una sentenza del magistrato per dichiararlo nullo, perciò preso il vocabolo di nullità in questo senso vale lo stesso che rescissione. Non volendo entrare in simili controversie, dico non potersi negare esservi delle nullità assolute, le quali annullano il contratto, perchè ledono l'ordine pubblico, esservi delle nullità derivanti dalla ommissione de' solenni essenziali nell'atto. Per fare in modo che questo contratto non abbia a produrre il suo effetto, siccome mancano individualmente le persone interessate, perciò la legge autorizza il pubblico ministero a far sì che la civile società niuno danno venghi a ricevere dagli atti nulli, o per incapacità di persone, o pure per mancanza di essenziali solenni fissati dalla legge. Si domanda in tali casi la rescissione per l'interesse della legge. Vi sono poi delle nullità relative, ed in queste devono agire le persone interessate, nè parte alcuna vi prende il pubblico ministero, così se una donna maritata formi un contratto senza l'autorizzazione del marito, questo

Digitized by Google

contratto è nullo, però la nullità la può reclamare, o il marito, o la moglie, o gli loro eredi, come è disposto nell' articolo 214. Se il marito conferma il contratto fatto dalla donna senza la sua autorizzazione, l' atto avrà tutto il suo vigore. *Ratihabitio confirmat ea, quae antea gesta sunt.* Quando però l' atto è accompagnato da un' assoluta nullità, in tal caso colui, che firmò l' atto, sebbene questo posteriormente venisse ratificato, non potrà convalidarsi, ma volendolo far valere, dovrà formarlo da capo adoperando gli solenni prescritti dalla legge. Fu spiegata questa dottrina, allorchè si esposero le formalità delle quali dev' essere rivestita una donazione: si andrebbe troppo a lungo, se quì si volessero rapportare tutte le dottrine relative alle nullità degli atti. Il celebre Toullier in questa sezione forma un quadro esattissimo di tali dottrine: contiene però delle dottrine difficili per l' intelligenza degli studenti.

Premesse queste cognizioni relative alle diverse specie delle nullità, si deve esaminare dentro quanto tempo l' azione per la rescissione, o nullità debba essere istituita, e presso di qual giudice. Quella, che quì chiamasi nullità, o rescissione, presso de' romani dicevasi restituzione *in integrum.* Dovea istituirsi una tale azione innanzi al giudice del domicilio del reo: si vede ciò deciso nella legge seconda *cod. ubi, et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit.* Gl' interpetri però limitano questa dispo-

sizione al caso ove la restituzione non abbia che un' oggetto puramente personale, o mobiliare. Dicono che se l' azione rescissoria tende a ricoverare un' immobile, o un dritto reale, l' attore ha la scelta di ricorrere presso del tribunale, o del reo, o del luogo ove la cosa è situata. Anche nel codice di procedura civile ciò si dispone. È di più da avvertirsi che la domanda in nullità, o rescissione può essere proposta per via d' azione, o per via d' eccezione. Per via d' azione, allorchè colui, che domanda la rescissione non avendo più il possesso della cosa litigiosa, è obbligato di adire il tribunale per farsela restituire. Si propone per via di eccezione, allorchè la cosa dedotta nel contratto resta nel suo possesso, e per mantenere le sue ragioni contro di colui, che domanda la esecuzione del contratto propone per via d' eccezione la nullità, o la rescissione. Giustamente Paolo definì la restituzione *in integrum*: *reintegrandae rei, vel causae actio* (1). Il tempo nel quale l'azione doveva essere istituita prima della pubblicazione del codice differiva allorchè si proponeva l' azione di nullità, da quando si domandava la restituzione *in integrum*. Allorchè la nullità era assoluta, il vizio della medesima non poteva coprirsi mediante alcuna prescrizione. Quando poi si parlava di rescissione altrimenti era deciso, il nostro codice ha stabilito un

(1) *Sent. recept.* 1. 7. 1.

Digitized by Google

egual tempo, tanto per annullare, quanto per rescindere un contratto. Nell'articolo 1258 p. 1. dice l'azione per annullare, o per rescindere un contratto dura dieci anni, in tutti i casi nei quali non sia stata ristretta a minor tempo da una legge particolare. Presso de' romani la restituzione *in integrum* doveva istituirsi dentro un' anno utile, quale poi Giustiniano lo protrasse alla durata di quattro anni continui (1). Si vede che il codice non fa alcuna distinzione tra la nullità, e la rescissione.

Nella seconda, e terza parte si prescrive qual sia il momento, nel quale la dilazione dei dieci anni stabilita dalla legge, mediante l'articolo 1258 comincia a correre, eccone le parole: *Questo tempo non comincia a decorrere nel caso di violenza, se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore, o di dolo, se non dal giorno in cui sono stati scoperti; per riguardo agli atti delle donne maritate fatti senza l' autorizzazione, se non dal giorno dello scioglimento del matrimonio.*

Relativamente agli atti fatti dagl' interdetti il tempo non decorre, se non dal giorno in cui è tolta l' interdizione; per riguardo a quegli de' minori non corre, se non dal giorno della maggior età. Si elevò una quistione, se mai essendosi detto che *l' azione per annullare, o per rescindere un contratto dura*

(1) *L. 7. Cod. de temporibus in intec. rest.*

dieci anni cominciasse a correre dal giorno in cui il contratto si celebrò, o fu eseguito. Toullier (1) asserisce dover cominciare dal giorno in cui fu il contratto celebrato, non già dal giorno in cui venne eseguito. Di fatti nell' articolo 1522 si dice che la domanda (per conoscersi se vi sia stata lesione) non è più ammessa spirati due anni dal giorno della vendita: per analogia si può lo stesso dire in questa materia.

Si cerca di sapere quali sieno le persone, le quali possono opporre le nullità assolute. Bisogna distinguere tra nullità di atti relativi alla violazione dell' ordine pubblico, o sull' interesse generale della società, o che prendano la loro forza nel rispetto dovuto ai costumi, e le nullità stabilite pel solo interesse de' particolari. Le prime non solo possono proporsi dal pubblico ministero, ma ancora dalle parti interessate; le seconde solamente dai particolari, i quali vi possono anche rinunciare quante volte così gli aggrada. *Regula est juris antiqui, omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt renunciare* (2). Si danno quì tre regole generali, e sono.

1.° Non bisogna pronunciare la nullità degli atti o di qualche disposizione, che dalla legge non è stata ordinata. 2.° Ogni atto, che non contiene nel-

(1) *Num.* 604.

(2) *L.* 29. *cod. de pactis.*

Digitized by Google

le formalità indispensabili per adempire il fine della sua istituzione, il fine, che la legge si ha proposto, è imperfetto, e nullo; quello deve essere considerato come se giammai avesse avuta la sua esistenza; di tal fatta sono quelle formalità, che si chiamano intrinseche, o sostanziali, così denominate da che sono necessarie alla esistenza, o alla perfezion dell' atto, e che senza tali formalità non può conseguirsi il fine della legge. 3.° Quante volte vengono prescritte delle solennità, ma non è minacciata la nullità dell' atto, in questo caso la legge annunzia di voler riposare sulla prudenza del magistrato. Nel dubbio però, il giudice deve astenersi dal pronunciare la nullità, l' atto deve sussistere: salvo a colui, che diè causa a tale nullità di riparare il danno, che ha cagionato.

Art. 1259. *La semplice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore non emancipato contro qualunque sorte di convenzione....*

II. In questo articolo si fa la distinzione fra il minore emancipato, e non emancipato. Colui, che non è emancipato può rescindere qualunque sorta di convenzioni, quante volte dimostri la semplice lesione. Siccome poi l' emancipato è capace a contrattare, e formar delle convenzioni in taluni rami di amministrazione, e sotto taluni solenni, non potrà domandare la rescissione del contratto, se non se nel caso in cui le sue convenzioni oltrepassano i limiti della

sua capacità. Non essendo emancipato adunque la semplice lesione dà luogo alla rescissione: non accade così quante volte sia emancipato; ecco le parole dell' articolo: *La semplice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore non emancipato contro qualunque sorta di convenzioni; ed in favore del minore emancipato, contro tutte le convenzioni, che oltrepassano i limiti della sua capacità, siccome è determinato nel titolo della minore età, della tutela, e dell' emancipazione.* Si può domandare a che debba montare la lesione in persona del minore. La legge romana era assai gelosa a favore de' minori, ed ordinò che si dasse la restituzione *in integrum*, non solamente allora quando *grande damnum pupilli, vel adolescentis versatur*, come dicesi nella legge 49. *de minoribus*, ma benanche quando restassero i minori esposti a liti, e spese. Ecco le parole della legge sesta *de minoribus. Non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus, et sumptibus non vexari.* Allorchè i minori, gl' interdetti, le donne maritate sono autorizzate a domandare la restituzione *in integrum* contro delle loro obbligazioni, devono essere rimborsati di tutto ciò, che è stato pagato durante la minore età, interdizione o matrimonio. Non può però essere ciò esatto quante volte venghi provato che il denaro a loro dato, sia stato convertito in loro vantaggio, come si dirà nell' articolo 1266.

Digitized by Google

Art. 1260. *Il minore non può restituirsi in intero per causa di lesione, quando questa derivi soltanto da un' avvenimento casuale, e non preveduto.*

Art. 1261. *La semplice dichiarazione fatta dal minore di essere maggiore, non lo esclude dal beneficio della restituzione.*

La disposizione contenuta nell'articolo 1260 poggia sulla ragione; poicchè se il minore ha risentito un danno, ciò non è avvenuto da che un terzo abbia voluto profittare della inesperienza del minore. Un evenimento casuale, ed impreveduto non può essere un giusto motivo a domandare la restituzione *in integrum.*

Era poi necessaria la disposizione compresa nell' articolo 1261 per togliere le liti, le quali nascevano da una disposizione della legge romana, nella quale era detto, che al minore, che mentiva il suo stato non dovesse darsegli la restituzione *in integrum.* La legge presume, che questa dichiarazione, la di cui falsità può facilmente essere verificata su i registri dello stato civile, sia stata domandata dal creditore per escludere l' azione della restituzione, e perciò non vuole che una simile dichiarazione possa essere utilmente opposta. Se però il minore avesse fatto uso della semplice dichiarazione, ma avesse praticato del dolo: in tale circostanza non dovrebbe il minore profittare del suo dolo, giacchè è massima generale: *nemo ex delicto fructum capere de-*

bet. In questo modo debbono anche intendersi le leggi 2., e 3. Cod. *Si minor se major: dixerit.*

Art. 1262. *Il minore, che è negoziante, banchiere, o artigiano....*

Il minore si disse di sopra nel libro primo dopo l' emancipazione, e giunto nella età di anni diciotto può essere autorizzato a far da commerciante, o banchiere: se dunque la legge lo autorizza a contrattare in tale qualità, dovea necessariamente negarsi allo stesso il beneficio della rescissione, acciocchè non sembrasse essere un regnicolo ingannato per forza della legge istessa, quindi è detto: *il minore, che è negoziante, banchiere, o artigiano non può restituirsi in intero contro le obbligazioni contratte per ragione del suo commercio, o della sua arte.*

Art. 1263. *Il minore non potrà restituirsi in intero....*

Nell' articolo 1049 trovasi stabilito, che il minore nel contrato di matrimonio, coll' approvazione, ed assistenza di coloro, il cui consenso è richiesto per rendere valide le sue nozze, potrà donare tutto ciò, che la legge permette allo sposo maggiore di donare all' altro conjuge; ora in questo articolo siccome si parla della rescissione per causa di lesione potea dubitarsi, se mai simili donazioni potessero rescindersi. Non volendo la legge essere con se stessa contradittoria forma una regola generale, e stabilisce che *il minore non possa restituirsi in intero contra le con-*

Digitized by Google

venzioni stipulate nel suo contratto di matrimonio, quando sono state coll' approvazione, ed assistenza di coloro, il consenso de' quali è necessario per rendere valido il matrimonio.

Art. 1264. *Il minore non può restituirsi in intero contro le obbligazioni nascenti dal suo delitto, o quasi delitto.*

La legge romana lo stesso stabiliva. Ecco le parole di Ulpiano (1). *Nam etsi furtum fecit, vel damnum injuria dedit, non ei subvenietur. In delictis minoribus non subveniri.* Così quando il minore commette un dolo in un contratto, come quando egli abusa di un mobile depositato, o prestatogli, non è da restituirsi in intero; sebbene non ne abbia profittato. Nell' articolo si dice: *Non può restituirsi in intero contra le obbligazioni nascenti dal suo delitto.* È cosa vera che se il minore non deve soffrir lesione, è egualmente vero, e certo che non abbia un privilegio per arrecare ad altri danno, e profittare mediante il suo delitto. Quindi deve riparare tutto il danno dalla sua colpa, dal suo dolo ad altri arrecato. È quasi sempre inescusabile, allorchè dal suo canto siavi una colpa caratterizzata, o pure un fatto condannato dalla legge.

Art. 1265. *Non più è ammesso ad impugnare l'obbligazione sottoscritta nella sua minore età....*

---

(1) *L. 9. §. 2. De minoribus.*

Allorchè il minore divenuto maggiore riconosca, ed approvi l'obbligazione contratta nella sua minore età non può più quella impugnare sotto pretesto di esser stato leso: *ratihabitio pro mandato valet, et confirmat ea, quae antea gesta sunt* (1). È questa una dottrina confirmata nelle leggi romane; quindi giustamente quì si stabilisce, non esser più ammesso ad impugnare l' obbligazione sottoscritta nella sua minore età, quando divenuto maggiore l' ha ratificata, sia che tale obbligazione fosse nulla nella sua forma, sia che fosse soltanto soggetta a restituzione.

Art. 1266. *Quando i minori, gl' interdetti, e le donne maritate....*

Inutile sarebbero le disposizioni della legge relativamente al vantaggio dei minori, degl' interdetti, ec. se tutto ciò, che ricevettero nella minore età dovessero rimborsarlo. La legge dichiara espressamente che *i minori gl' interdetti, e le donne maritate, quando sono ammessi in tali qualità ad essere restituiti contro le loro obbligazioni, non si può pretendere il rimborso di ciò che loro sia stato pagato in conseguenza di tali obbligazioni nel tempo della minore età, della interdizione, e del matrimonio.* La legge però, che molto bada al loro vantaggio, non vuole che i medesimi abbiano a profittare col danno altrui, poichè *nemo ex aliena jactura locupletari debet*, per-

(1) *L.* 2. *Cod. ad S. C. Maced.*

Digitized by Google

ciò nella sua ultima parte l' articolo dice: *se non quando venga provato che il pagamento fu convertito in loro vantaggio.*

Art. 1267. *I maggiori non sono restituiti per causa di lesione, se non ne' casi, e sotto le condizioni specialmente espresse in queste leggi civili.*

Questa disposizione contiene in se un' avvertimento; ma le dottrine relative alle cause per le quali i maggiori possano domandare la resitituzione in intero per effetto di lesione sono contenute nella materia delle successioni, in quella della compra e vendita.

Art. 1268. *Quando si sono osservate le formalità richieste riguardo ai minori o agl' interdetti, sia nell' alienazione degl' immobili, sia in una divisione di eredità, essi sono considerati relativamente a questi atti, come se gli avessero fatti nella maggiore età, o prima dell' interdizione.*

Quest' articolo precide una infinità di liti alle quali davano luogo le leggi romane, le quali stabilivano darsi al minore la restituzione *in integrum*, ancorchè *in judicio laesus esset.* Non vi era contratto fatto con un minore, il quale nella maggiore età del medesimo non potesse venire impugnato *non quia minor*, *sed quia laesus.* Oggi quando si sono adoprati i solenni prescritti dalla legge, se mai il minore sia stato leso potrà agire contro del tutore, ma non mai con-

tro di un terzo, che avesse contrattato sotto l' ombra della legge (1).

---

(1) *L'autore spera che pel corrente anno scolastico darà termine a questo corso legale pubblicando due altri volumi, nel primo de' quali sarà compreso quanto dicesi dal codice su i contratti in particolare, nel secondo racchiuderà un trattato relativo alle ipoteche, ed alle prescrizioni, ed una tavola analitica delle materie, e se mai il codice verrà in qualche articolo riformato, se ne darà anche un' idea della riforma. Taluni hanno avanzato delle lagnanze dal che l' opera non è stata subito compita. Il Pubblico deve essere a giorno, che nel periodo della composizione dell' opera accaddero le luttuose vicende del regno conosciute sotto il nome di* novilunio *e l' autore in seguito venne maggiormente aggravato dalla podagra, e nel momento che scrive sta risentendo i pungenti dolori della medesima. Egli è nell' età di circa anni sessanta*, et cum sudore vultus sui *deve procacciarsi il pane per se, e sua adottiva famiglia. Nella mattina per tre ore continue deve attendere, ed applicarsi per lo studio privato: questo compito deve portarsi ad esercitare le funzioni di Secretario Generale nella Giunta di Pubblica Istruzione. Alle ore 21 deve montare nella Cattedra delle leggi civili del Regno, ed insegnare per un' ora continua alla studiosa gioventù, che accorre nella Regia Università degli Studii. Ognun vede*

Digitized by Google

che nella sola notte trova il tempo a poter studiare le materie da pubblicarsi colle stampe, e prepararsi per le lezioni da insegnarsi alla gioventù studiosa. Ecco dunque la causa del ritardo dell' opera. S. M. essendo stata informata delle eccessive fatiche, e de' distinti servizj e meriti dell' autore, promette allo stesso un beneficio o badia di Regia nomina: conseguendo questo tratto di Reale Clemenza anderà a disobbligarsi da qualcheduna delle sue attuali applicazioni, e perciò spera esser nello stato di pubblicare il resto dell' opera nel corso dell' anno scolastico. Il tenore del reale rescritto, è il seguente.

Copia ec.

Ministero, e Real Segreteria di Stato degli affari Ecclesiastici, e 3.º Ripartimento.

Sua Maestà informata pienamente non solo delle lodevoli, ed assidue cure, che Ella mette nella Istituzione della gioventù, e colla qualità di Professore di Giurisprudenza nella Regia Università degli Studj, e negli annuali corsi, che dà in sua casa, ma degli utili servizj, che ha costantemente prestati nelle diverse cariche affidatele nel ramo della Istruzione Pubblica; si è la M. S. degnata di ordinare, che se le manifesti, come adempio, la sua Sovrana sodisfazione.

Ha nel tempo stesso la M. S. prese in considera-

zione le domande da lei tempo fa avvanzate per ottenere un qualche compenso con la collazione di una Badia, o beneficio di Regia nomina, e precisamente di quella di S. Niccola a Pergolato in Galatone vacata per morte del fu Consigliere del Supremo Consiglio di Cancellaria D. Domenico Sarno. E memore la M. S. di aver sin da' 10 Novembre 1822 in Verona ordinato per via del Ministero degli affari interni di scriversi a questo degli affari Ecclesiastici, perchè si proponesse a di lei favore un Beneficio, o Cappellania di Regia collazione corrispondente al di lei merito, non avrebbe esitato ora a condiscendere alla enunciata di lei domanda, ma considerando, che fino a che non sarà ultimata la esecuzione dell' articolo IX. del Concordato, non può disporsi delle Badie, che sono attualmente vacanti, ha ordinato, che venga ella assicurata nel Real Nome, com' esieguo, che allora quando potrà aver luogo la dispensazione delle Badie, la M. S. la terrà in particolare considerazione per una di esse, che potrà meglio corrispondere al di lei merito, ed a' suoi distinti servizj. Napoli 21 Giugno 1824. — Il Marchese Tommasi. Al Sacerdote D. Loreto Apruzzese.

Napoli 29. Dicembre 1824.

FINE DEL TOMO VII.

Digitized by Google

CAPITOLO VI.

Della prova delle obbligazioni, e di quella del pagamento.

SOMMARIO.

I. *Cosa s' intenda per prova: se il giudice possa giudicare secondo la propria coscienza: chi deve far la prova se l'attore o il reo.*

Art. 1269. *Colui, che domanda l' esecuzione di una obbligazione, dee provarla.*

Reciprocamente chi pretende di esserne stato liberato, dee giustificare il pagamento, o il fatto che ha prodotto l' estinzione della sua obbligazione.

Art. 1270. *Le regole che riguardano la pruova per iscritto, la pruova testimoniale, le presunzioni, la confessione della parte, ed il giuramento sono spiegate nelle seguenti sezioni.*

I. Inutile sarebbe la teoretica esposizione delle verità, se non si dasse in seguito il modo, come le medesime provare. Non giovarebbe l'aver acquistati de' dritti, quando non si prescrivesse la maniera, come provarne la esistenza, nel caso di una contestazione.

Ecco la ragione per la quale dopo di esser state piantate, e sviluppate le dottrine sul modo come acquistare per mezzo delle convenzioni, si parla del modo come provare il dritto a noi proveniente dalle medesime. L' obbligazione porta seco l' adempimento : dunque ogni pagamento suppone un debito , come si disse nell' articolo 1118. Siccome il pagamento porta una deminuzione o della nostra proprietà o della nostra libertà mentre il creditore obbliga il debitore *ad aliquid dandum vel faciendum*, perciò volendo il creditore veder a suo vantaggio eseguita la sua azione deve nel caso di rifiuto provarla. Difatti: niun uomo è verso l' altro obbligato : il solo nostro fatto, cioè consenso è quello che ci fa restare obbligato: quando un tale consenso non è provato, resta nello stato nel quale la natura lo situò, perciò è detto da Paolo nella *L. 47. de oblig. et action. ubi de obligando quaeritur propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum.* Dicesi perciò nell' articolo 1269 : *Colui che domanda l' esecuzione di una obbligazione deve provarla*: se il debitore confessa esser una volta stato debitore, ma di aver quella obbligazione estinta, è anche in obbligo di provare il fatto mediante il quale quella restò tolta, perciò nello stesso citato articolo si dice nella seconda parte. *Reciprocamente chi pretende di esserne stato liberato, dee giustificare il pagamento, o il fatto, che ha prodotto l' estinzione della sua obbligazione.*

Provare altro non significa che convincere o persuadere il giudice della realtà del fatto dal quale si vuole, che nascano i nostri dritti. Quindi la prova in generale è tutto ciò che determina un uomo ragionevole a giudicare, che una cosa esista o non esista, che sia vera o falsa: o per servirmi delle espressioni di Domat (1) *è tutto ciò che persuade lo spirito di una verità*. Ora sebbene la verità sia nella profondità di un pozzo relegata, pure non trattandosi quì di provare un fatto mediante una evidenza matematica, ma morale, cioè prova, che ordinariamente si ha per vera, potendo però in se stessa esser falsa, perciò si deve ammettere in giurisprudenza un sistema a poter fare delle prove, se non infallibili, pure a comune consenso degli uomini, sono per verità riputate. Ora la legge ha stabiliti taluni modi di prova per non lasciare tutto all'arbitrio del magistrato. La sorte del regnicola il Re non ha voluto lasciarla al capriccio di un uomo il quale sebbene rivestito di una pubblica autorità, pure però sempre soggetto alle umane debolezze: *optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis: optimus judex qui minimum sibi* disse Bacone. Trovasi deciso presso di Sirey (2) esser proibito al giudice decidere con la sua sola conoscenza personale, e senza ricorrere alle prove e mezzi d'istru-

(1) *Preliminare al titolo delle prove e presunzioni.*
(2) *Tom.* 14. 2. *p. pag.* 266.

Digitized by Google

zione autorizzate dalla legge, un punto di fatto contestato dalle parti (1): venne anche deciso (2) che la liberazione non può risultare se non da una prova scritta, o da una prova testimoniale sostenuta da un principio di prova scritta.

Quì non credo a proposito di esporre le diverse materie relative alle pruove: i libri de' retori e filosofi ne sono pieni abbastanza, e sono persuaso, che i miei alunni si ricorderanno a pieno delle dottrine studiate nella rettorica relative alle prove intrinseche ed estrinseche, cioè *artificiali*, *inartificiali*, della prova di dritto, e di fatto ec. Solo quì avverto, che *semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit*. Così scrisse Marciano (3) e siccome l'obbligazione, come si è detto non si presume, perciò ne nacque l'altro assioma legale fissato dall' Imperatore Antonino (4):

---

(1) *Presso de' Teologi si quistionò, se il giudice potesse* ex informata conscientia *giudicare* contra allegata et probata. *Non sono mancati di coloro, che asserirono non dover il giudice tradire la propria coscienza, e dover perciò giudicare a norma di quanto a lui costa: ma S. Tommaso* in summa: *S. Ambrosio* super psalm. 118 beati immaculati, *sostengono la opposta dottrina.*

(2) *Tom.* 17. *p.* 1. 335.

(3) *L.* 22. *de probat.*

(4) *L.* 4. *C. de edendo.*

Qui accusare volunt, probationes habere debent: cum neque juris, neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debet. Actore enim non probante: qui convenitur, etsi ipse nihil praestat, obtinebit. Si è detto di sopra che se il debitore confessa l' obbligazione contratta, ma dica di aver quella estinta, deve la sua assertiva provare, perciò ha vigore in questo caso quanto è contenuto nel responso di Ulpiano (1). *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque exceptionem, vel intentionem implere.* Ma chi ignora che *reus in excipiendo est actor.* È questa dottrina di Ulpiano (2).

La regola generale, che l' attore deve provare la esistenza della sua azione vacilla solo, allorchè il debitore avesse a suo conto una favorevole presunzione, così il figlio domanda gli alimenti dal padre: questo oppone la illegitimità: il figlio ha a suo vantaggio l' appoggio della presunzione: *pater is est quem nuptiae demonstrant*: quindi deve al figlio il padre gli alimenti (3).

I modi a formare delle prove sono numerate nell' articolo 1270 nel quale è detto esser *la pruova per iscritto, la prova testimoniale, le presunzioni, la confessione dellu parte, ed il giuramento.*

---

(1) *L.* 19. *de probat.*
(2) *L.* 1. *ff. de except.*
(3) *L.* 25. *de probat.*

Digitized by Google

SEZIONE I.

Della pruova per iscritto.

§. I.

Del titolo autentico.

SOMMARIO.

I. *Cosa s' intenda per prova scritturale: cosa è il titolo autentico: da chi debba redigersi il titolo per dirsi autentico: quale forza abbia il titolo autentico.*

II. *Distinzione tra la parte dispositiva, ed enunciativa dell' atto: che forza questa abbia contro de' terzi: che effetto producono le contro-scritture.*

Art. 1271. *L' atto autentico è quello . . . .*

Art. 1272. *L' atto non autentico . . . .*

Art. 1273. *L' atto autentico fa piena prova . . . . Ciò non ostante nel caso che l' atto venga impugnato . . . .*

I. La sola altrui deposizione è quella, mediante la quale noi possiamo conoscere i fatti de' quali non ne siamo stati testimonj. Questa testimonianza può con-

seguirsi in due maniere 1.° Può il fatto esser passato in una scrittura, ed ecco una prova *litterale*. 2.° Possono restare non portati in scrittura, ma nella sola memoria di coloro, che ne furono testimonj, i quali col vivo della sola voce quello raccontano, essendone richiesti: questa chiamasi prova *testimoniale* o *vocale*. Tanto la prima, che la seconda prova hanno un appoggio medesimo: cioè. Non è da presumersi che uomini probi si uniscano insieme per mentire a danno di un terzo.

Il fatto può redigersi in scrittura in due maniere, o mediante una carta privata o autentica. Nel primo caso farà prova quando dallo scribente sarà la firma per sua riconosciuta, o che si abbia per riconosciuta, perchè chiamato giudiziariamente per tale ricognizione non comparisce nelle legali dilazioni accordate dalla legge (1): se poi il fatto sia redatto mediante le persone alle quali la legge dà un pubblico carattere, in questo caso la certezza morale acquista un altro grado di forza: si presume che il contenuto nell' atto sia vero: quindi presso de' romani dicevasi, che un tale atto da essi chiamato *instrumentum*, avea la presunzione sì della verità, che della sollennità. Questo è quell' atto, che dicesi *autentico* (2).

---

(1) *Art.* 287, 288 *Cod. di proc. civ.*

(2) *La parola atto significa propriamente tutto ciò, che è stato fatto, detto, o convenuto fra le parti* id

Sotto nome di atto qui s' intende quello, che da latini dicevasi *instrumentum*, dacchè serve per istruire ciocchè passò tra due o più persone, o si è convenuto, o stato fatto: così Toullier si spiega in questo luogo.

Alcune volte si confonde la parola *atto* e *titolo*, ma volendo parlare strettamente la parola *titolo* si dà all' atto, che per l' autenticità riunisce le condizioni necessarie per le quali si possa mettere in esecuzione senza esservi bisogno di esser autorizzato dall' ordinanza del giudice, cioè per quella pronta e parata esecuzione di cui parlavano le nostre antiche leggi.

Dalla diversità presso che de' fatti e delle convenzioni, che si sogliono attestare mediante la scrittura, si sono nominati differentemente per distinguersi l'uno dall' altro a motivo di ciocchè in essi si contiene. Così gli atti o scritti, che servano d' istrumento alle procedure, hanno presso che de' nomi particolari, de' quali se ne parla nel Codice di procedura tanto civile, che penale.

Giova solo far sapere la differenza che passa tra gli atti giudiziarj ed estragiudiziali. Tutte le citazioni,

---

quod actum est. *Il Giureconsulto Labeone insegna* (*) actum generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut in stipulatione, vel numeratione.

(*) *L.* 19. *de V. S.*

che si fanno nella durata di una lite, come sono gli atti da patrocinatore a patrocinatore, comunicazione de' documenti, sono atti giudiziarj: quelli poi che niuna relazione hanno colla lite, diconsi estragiudiziarj.

Quì il Codice parla degli atti che racchiudono la prova de' fatti convenuti tra le parti, e servono di titoli per stabilire i loro dritti: cioè si parla solamente delle formalità, che in generale necessita osservare in taluni atti, fatta astrazione a quello che essi contengono. Si parla in somma delle formole necessarie a far sì, che i tribunali le ricevono quali prove.

Ciò posto nell' articolo 1271 è detto: *L' atto autentico è quello che è stato ricevuto da pubblici uffiziali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui l' atto si è steso, e colle solennità richieste.* Quattro atti autentici in generale si possono distinguere 1.° gli atti legislativi: 2.° gli atti giudidiarj, che hanno diversi nomi, secondo il diverso loro oggetto, e si può dire esser di tale natura tutti gli atti di procedura: 3.° gli atti amministrativi, che provengono dai capi, e preposti delle differenti amministrazioni: 4.° gli atti notariali, cioè che sono ricevuti dal notajo: di questi ultimi quì si parla (1). Si deve quì

(1) *Sotto nome di Notaro anticamente s' intendevano gli scrivani, che per via di note, ossiano cifre,*

Digitized by Google

avvertire, che non ogni atto redatto da un notaro forma un titolo autentico, cioè che sia di forza tale, che l' atto sussista da se solo senza preventiva verificazione: che la sola sua presentata autorizzi a servirsene, e che debba credersi per vero quanto nello stesso è compreso: deve l' atto esser rivestito delle qualità ricercate dalla legge, e spiegato nell' articolo 1272, che redatto un' atto da un notaro fuori del distretto di sua giurisdizione, sarà un atto non autentico, e tale atto per *la incompetenza o incapacità dell' uffiziale*, *o per un difetto di forma*, *vale come scrittura privata*, *quando sia stato sottoscritto dalle parti.*

L' atto autentico, dice l'articolo 1273, *fa piena fede della convenzione che racchiude fra le parti contraenti e loro eredi o coloro che hanno causa da esse.* Ha voluto il Codice civile stabilire per veduta dell' ordine pubblico: pel mantenimento della pace fra gli uomini; per prevenire le liti nel regno, che il titolo autentico contenesse in se una piena prova. Il regnicola è sicuro de' suoi dritti, quando è sicuro esser quelli compresi in un autentico titolo: è savia

---

abbreviazioni rapidamente scrivevano, *erano una specie di* stenografi. *Il notariato presso di noi è stato organizzato colla legge chiamata del notariato sanzionata nell' anno* 1819 *correttrice di quella pubblicata nell' anno* 1809 *sotto l' occupazione militare.*

però la eccezione compresa nella seconda parte dell' articolo: *Ciò non ostante nel caso* che l' atto venga impugnato direttamente colla querela di falso, se ne sospenderà la esecuzione appena ammessa l' accusa: nel caso poi che si *proponga la falsità per incidente, i tribunali potranno, secondo le circostanze sospendere provvisoriamente l' esecuzione.*

Nel titolo X. del Codice di procedura civile, oggi detto *seconda parte delle leggi civili* si parla dell' incidente di falso, e del falso principale. È dimostrato, che prodotta una scrittura, che si crede falsa o falsificata, si procede coll' azione civile detta dell' *incidente di falso*, giacchè l' attore quì altro non pretende, che il documento esibito non debba aver alcuno vigore, e niuna pena afflittiva di corpo verrà a subire il reo. Il *falso principale* poi ha luogo quando si agisce presso la gran corte criminale. Questo giudizio ammesso, sospende l' azione civile, quello poi fa restare nell'arbitrio del giudice l' esaminare se debba restare o no sospeso. Le dottrine le quali sono diffusamente trattate nel citato titolo X., *della falsità incidente*, brevemente sono quì nella seconda parte dell' articolo 1273 rapportate. Si avverta, che solamente questi due mezzi sono ammessi a far sospendere il corso giudiziario che deriva da un atto autentico: l' ammettersi testimonii per impugnare la legalità dell' atto è proibito; è ciò stabilito nell' articolo 1296 che dice: *Non si ammette veruna pro-*

Digitized by Google

va testimoniale nè contra, nè oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse esser stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi ancorchè si trattasse di una somma o di un valore minore di docati cinquanta; nè più hanno luogo le dottrine dell' antica legislazione, che la fede testimoniale vinceva la istrumentale. Quando la iscrizione in falso è stata ricevuta, allora cesserà il titolo autentico d'aver la forza esecutiva: è assioma fissato dall'Imperatore Alessandro (1): *cum morandae solutionis gratia a debitore falsi crimen obijcitur, nihilominus salva executione criminis, debitorem ad solutionem compelli oportere.*

Coll' essersi detto nell' articolo 1273, che l'atto autentico fa piena fede delle convenzioni, che racchiude fra le parti contraenti e loro eredi o aventi causa, si può domandare, ma se l'atto notariale non contenga una convenzione: se oltre della convenzione si parli di altra cosa, questa potrà esser negata dalle persone, che concorsero nella convenzione, o anche a riguardo a' terzi faranno piena fede?

Le funzioni pubbliche del notaro possono esser diversamente considerate. I notari sono stabiliti dalla legge per ricevere tutti gli *atti* e *contratti* alli quali le parti *devono* o *vogliono* accordare il carattere di autenticità attaccata agli atti della pubblica autorità,

(1) *L. 2. C. ad L. Cornel. de falsis.*

come è detto nella legge notariale, cioè gli atti ed i contratti, che interessano le famiglie o gl'individui, il loro stato, la loro fortuna; gli atti che ponno conferire qualche dritto, imporre qualche obbligazione particolare a coloro che nella convenzione intervengono. In somma gli atti notariali abbracciano tutto ciò, che *transigitur inter cives.*

Questi sono i limiti delle funzioni notariali: se questi eccedono non sono che persone private che ai loro scritti non possono dare alcun carattere di autenticità con qualunque formalità quelli rinvestono, e qualunque forma diano ai medesimi. In seguito di tali principj è stato sanzionato il disposto dell' articolo 1274 ch' è concepito ne' seguenti termini: *L' atto sia autentico, sia privato, fa prova tra le parti, anche di quelle cose le quali non vi sono espresse se non in termini enunciativi; purchè l' enunciativa abbia un diretto rapporto colla disposizione. L' enunciative estranee alla disposizione non possono servire se non per un principio di prova.* Dal detto dunque si conosce quando l' atto ricevuto da un notaro dicesi autentico e quando chiamasi privato, e quali sono quei fatti, che dalle persone che intervennero nel contratto debbonsi aver per veri, e quali si possono negare. Osserva però Toullier (1) esser non esattamente redatto l' articolo 1319 del Codice

(1) *Num.* 147.

Digitized by Google

francese, che nel nostro Codice corrisponde all' articolo 1273 nel quale dicesi *l' atto autentico fa piena fede tanto della convenzione che de' fatti i quali racchiude.* L' atto intanto fa fede della convenzione, dacchè è un fatto che passa nella presenza del notaro: quindi si conosce esservi più esattezza e precisione nella legge relativa al notariato nella quale dicesi, che i notari sono stabiliti per ricevere tutti gli atti e contratti, di quella che si vede nel Codice civile nel quale nell' articolo 1273 è detto: *L' atto autentico fa fede delle convenzioni, che racchiude.* L' atto contiene le convenzioni e fatti, poichè se tutti i contratti racchiudono necessariamente una convenzione, vi sono però degli atti che niuna convenzione in se contengono; così i testamenti, gli atti dello stato civile ec. Ma di quali fatti e contra quali persone l' atto autentico fa piena fede?

II. Bisogna fare una destinzione assai importante. Gli atti portano de' fatti di due specie: taluni sono passati nella presenza del notajo al momento in cui si fece la redazione dell' atto nella presenza del notajo e testimonj: tale è il fatto della convenzione che forma il contratto, quello della numerazione del denaro. Fatti di simile natura fanno piena fede non solo tra i contraenti, ma anche tra gli eredi, ed aventi causa, e contro de' terzi che non sono stati nè chiamati, nè fecero parte nel contratto. In tale posizione, siccome l'articolo 1273 dice, che l'atto auten-

tico fa piena fede della convenzione, che racchiude solamente frà le parti contraenti e loro eredi e coloro, che hanno causa da questi, non essendosi parlato de' terzi, sembra che a questi non debba estendersi; pure credere in tale modo sarebbe voler cadere in un grave errore, e togliere al proprietario un mezzo come difendersi dalle vessazioni di un usurpatore, che avesse posseduto più di un anno e giorno. Dice Pothier numero 704. L'atto fa prova contro di un terzo *rem ipsam*, cioè a dire che la convenzione che quello racchiude, è intervenuta. La stessa dottrina è rapportata da Doumoulin (1). Resta dunque stabilito che l'atto autentico fà piena fede contro tutte le persone anche contro de' terzi di tutti i fatti, che contengono, come passate innanzi al notaro nel momento dell' atto: *tempore gesti instrumenti.*

In quanto poi alle cose di cui il notaro non è stato testimonio, nè sono passate nella sua presenza, e quella de' testimonj, e che la veracità del fatto è rapportata alla narrativa altrui, queste cose non avendo alcuna relazione alla disposizione, *quae tunc non fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur* come si esprime lo stesso Doumoulin, queste non fanno alcuna prova nè tra contraenti, nè contro de' terzi, ed ecco perchè nell' articolo 1274 dicesi: *L' atto sia autentico, sia privato fa prova tra le parti, anche di quelle*

(1) *Costum. di Paris.* §. 8. *num.* 8.

Digitized by Google

cose le quali non vi sono espresse se non in termini enunciativi; purchè l'enunciativa abbia un diretto rapportato colla disposizione. *L'enunciative estranee della disposizione non possono servire, se non per un principio di prova.*

Quì Delvincourt (1) fà la seguente osservazione.

Si chiama in generale parte dispositiva o disposizione in un atto, l'operazione che le parti ebbero in principale veduta: l' enunciazione è ciocchè potrebbe esser tolta senza nuocere alla parte dispositiva, e senza arrecare alcuna alterazione alla sostanza dell'atto. Così nella vendita di un fondo, la disposizione è la vendita o la traslazione di proprietà; ma quale sia stata poi la provenienza della proprietà nelle mani del venditore, è una enunciazione. L'articolo siccome dice, che l' atto faccia piena fede tra le parti, anche di quelle cose le quali non vi sono espresse, se non in termini enunciativi si soggiunge *purchè l' enunciativa abbia un diretto rapporto colla dispositiva*: giova quì dilucidare la materia con qualche riflessione. Il Codice distingue due specie di enunciative; quelle cioè che hanno rapporto colla dispositiva, e le altre che non vi hanno alcuno rapporto. In quanto alla maniera di distinguerla il citato Delvincourt (2) ecco come si esprime: allora l' enunciativa ha rapporto

(1) *Pag.* 65 *tom.* 2.
(2) *Pag.* 65.

colla dispositiva e farà fede tra le parti, quando le parti avranno interesse di contestarle, se le medesime enunciative fossero false. Così nell'art. 2169 è detto, che il debitore di una rendita possa essere astretto a somministrare a proprie spese una nuova scrittura al suo creditore, o a quelli, che hanno causa da lui dopo anni 28. E vi si richiede la riconoscenza del debito relativo alla vendita, ora se nella esibizione dell'articolo si dica, che gl'interessi decorsi sono stati pagati sino al giorno della produzione del titolo, questa dichiarazione di essersi pagati tutti gli arretrati, è una enunciativa, e si potrebbe omettere la riconoscenza del titolo nella dispositiva, che forma l'oggetto principale dell'atto. Ciò non ostante però l'enunciativa perchè ha rapporto colla dispositiva, ed è nello interesse della parte del debitore, che il creditore riceva tale enunciativa: ora non avendola contradetta farà prova non solo tra le parti, ma ben anche a favore o contra de' terzi. Se poi si dichiara, che il fondo sia al venditore pervenuto per titolo gratuito, per successione, questo non interessa il compratore, e perciò non avendo rapporto colla dispositiva, niuna prova potrà fare.

Art. 1276. *Le contro-scritture non possono avere effetto se non fra le parti contraenti, e non contra terze persone.*

Si chiamano contro scritture o *contro dichiarazioni* tutti quei cambiamenti o derogazioni, che si fanno

alle obbligazioni stipulate in un atto pubblico o privato.

Così io affitto una casa per mille ducati annui, ma intendo di pagarne ottocento. Si fa una dichiarazione dal padrone di casa colla quale manifesta, che il vero prezzo è di docati ottocento, e non già mille. Questa è una contro dichiarazione, contro scrittura. Siccome è nella libertà de' contraenti col mutuo consenso sciogliere le loro obbligazioni; così possono fare anche simili dichiarazioni. Si avverta però, esser ciò ammesso quando non vi sarà, nè il danno del pubblico nè del privato: quindi è detto nell'articolo stesso, che *non possono avere effetto se non tra le parti contraenti*, e non contra terze persone. È anche prescritto nell'articolo 1342 che le convenzioni matrimoniali saranno formate con atto innanzi notaro prima del matrimonio, e nell'articolo 1349 *che esse non possono ricevere alcuno cambiamento dopo la celebrazione del matrimonio*. Soggiungesi di più nell'articolo 1350. *I cambiamenti che vi fossero prima della celebrazione del matrimonio, debbano esser comprovati in un atto stipulato nella medesima forma del contratto di matrimonio.*

§. II.

Della scrittura privata.

SOMMARIO.

I. *Differenza tra l'atto autentico, e privato: come questo debba verificarsi, e riconoscersi: cosa s' intenda per scrittura sinallagmatica: solenni della medesima. Dottrina di Toullier relativa alla scrittura sinallagmatica.*

II. *Cosa s' intenda per viglietto e suo vigore: che porta seco il bono: eccezioni al proposito.*

Art. 1276. *La scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce . . . .*

Art. 1277. *Questi contro cui si oppone . . . .*

I suoi eredi o quei che hanno causa da lui . . .

Art. 1278. *Quando la parte neghi il proprio carattere . . . .*

I. Si disse di sopra, che l'atto autentico chiamato ancora atto notariale dicesi quello ch' è ricevuto da uno o più notari: si vidde come e per qual ragione fanno piena fede fra le parti. Quando un atto manchi di tale autenticità, dicesi atto privato, oppure scrit-

Digitized by Google

tura privata. Questi atti privati obbligano i contraenti come accade negli atti passati avanti un notajo: vi sono però delle grandi differenze fra i primi, ed i secondi. Quelli essendo rivestiti della forma esecutiva, possono eseguirsi in tutta la estensione del regno; portano seco l' ipoteca quando siasi promessa, e sono fatti secondo le regole del dritto: la loro data è certa: non necessita la sottoscrizione delle parti, dacchè sono creduti aver con loro la verità fintanto che non vi sarà l' iscrizione in falso, come si disse di sopra. Si disse che gli atti privati obbligano i contraenti nella stessa maniera che sono obbligati per gli atti notariali (1): vi necessita però l' atto del riconoscimento. Quindi è detto nell' articolo 1276. *La scrittura privata riconosciuta da quello contro di cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, fa la stessa fede dell' atto autentico fra quelli che l' hanno sottoscritta, e frà loro eredi, e quei, che hanno causa da loro.* Se si voglia parlare sinceramente, niuna privata scrittura da se stessa potrebbe fare fede nè delle cose, che contengono, nè relativamente agli autori, che diconsi averle scritte. Quindi le carte rinvenute negli archivii si presumono vere, ma perciò, che riguarda un punto istorico, un punto di cronogia. Se le scritture, che non hanno alcun rapporto

(1) Merlin *mot. act. notoriè repert. univ[illegible]*

alla storia sia antica, sia moderna, niuna influenza hanno ai nostri dritti, ed obbligazioni, giacchè la mano, che scrisse la storia poteva aver de' suoi privati interessi, come assicurarci che la cosa riferita contenga un fatto tale quale si è scritto? Ma chi ignora che le transazioni le più importanti della vita civile poggiano sulla fede che a tali scritti si devono; perciò si è stabilito, che isolatamente quelli considerati non fanno alcuna fede; ma quando sono stati verificati la legge ai medesimi accorda una piena fede: il che per necessità, pel riposo, e pace del regno si è dalla legge civile concesso agli atti autentici senza bisogno di alcuna verificazione. Ecco la ragione per la quale è detto, che l' atto autentico fa fede, e non così l' atto privato. Se però le private scritture presentino la forma di un'atto, cioè di uno scritto, che si adopera ordinariamente per conservare la memoria o provare l' esistenza di un contratto o di una promessa, allorchè contengono una obbligazione, ha luogo tra persone le quali hanno quella firmata, in questo caso un tale privato atto sembra dovere essere creduto contenere in se della realità; non costumandosi formare per scherzo tali atti; nè è da supporsi, che una persona onesta e riputata osasse compromettere la sua riputazione fissando la ragione del suo dritto sopra di una scrittura che non credeva vera e sincera, quindi se la legge non accordò alla privata scrittura una piena prova, gli accordò una prova apparente,

Digitized by Google

la quale produce de' rimarchevoli effetti, che comodamente si possono ridurre a due, cioè 1.° di obbligare la persona contro della quale si oppone, e si suppone esser dalla stessa scritta, o di confessare essere quella stata da se scritta e di negare una tale supposizione. 2.° Nel caso la neghi, o nel caso che gli eredi dicono di non riconoscerla, o la neghino, di farsene la verifica con tutte quelle prove, che sono indicate nel cod. di rito civile. Una tale dottrina è compresa nell' articolo 1278 nel quale è detto. *Quando la parte neghi il proprio carattere o la propria sottoscrizione, e quando i suoi eredi, o quei che hanno causa da lui dichiarino di non conoscerla, se ne ordina la verificazione giudiziale.* Quindi è detto nell' articolo 1276. *La scrittura privata riconosciuta da quello contro di cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta ha la stessa fede dell' atto autentico fra quelli i quali l' hanno sottoscritta, e fra loro eredi, e quei, che hanno causa tra loro.* In seguito di tale disposizione si dovea prevedere il caso di colui il quale non volea riconoscere la sua firma o quella di colui dal quale aveva causa, e perciò nel codice di procedura civile venne sanzionato, che se mai colui contro del quale si produce la scrittura privata si neghi a riconoscerla se ne ordinerà la verifica mediante il confronto di altre scritture, o mediante i periti, o testimonj. Nel codice di rito civile si espone con molta precisione

il modo di verificare tale scrittura, il che in breve è compreso negli articoli dello stesso codice, e nel codice civile articolo 1277 è con precisione esposta la teoria a ciò relativa ne' seguenti termini: *Quegli contro cui si oppone una scrittura privata, è tenuto di riconoscere o negare formalmente il proprio carattere, o la propria sottoscrizione. I suoi eredi, o quei che hanno causa da lui possono semplicemente dichiarare che non conoscono il carattere o la sottoscrizione del loro autore.*

Quì però è da avvertirsi che non è di necessità assoluta la verifica nel modo prescritto nel cod. di rito civile; se mai la coscienza de' giudici è bastantemente convinta dalla veracità della prova, possono quella aver per verificata (1).

Art. 1279. *Le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, debbono esser fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto* . . . .

Basta un solo originale . . . .

In ciascuno originale deve farsi menzione . . . .

Ciò non ostante . . . .

Se la scrittura sinallagmatica abbia le sottoscrizioni . . . .

La dottrina relativa alle convenzioni sinallagmatiche privatamente celebrate, debbano esser fatte in tanti

---

(1) Sirey *tom.* 1. p. 304.

Digitized by Google

originali quante sono le parti: si deve considerare in doppio aspetto una tale dottrina, cioè secondo l'equità naturale, e secondo quanto è disposto sì dalla legge romana, e le antiche nostre patrie leggi e le attuali in vigore. Volfio (1) ecco come si esprime: *Moraliter pactum valet antequam in scripturam referatur. Pacta enim fiunt mutuo consensu paciscentium . . . quamobrem... obligatio statim, id est, quam primum consensus iste fuit declaratus, consequenter non alia de caussa pactum in scripturam refertur quam ut in posterum certo constat de quonam fuit conventum.* Paolo (2) si spiega quasi nella stessa maniera: *Non figura litterarum, sed oratione quam exprimunt litterae obligamur, quatenus placuit non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.* Presso delle nostre leggi niuna menzione mai si è fatta di questi doppj originali. La legge romana regolava quasi sempre le convenzioni nel nostro regno. Le scritture sono adoprate non per rendere valide le convenzioni, ma per provarle nel caso di contestazione.

Disse Cajo (3) *fiunt de his scripturae, ut de his quod notum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem.* Bisogna in effetto distinguere il legame del

(1) *Part.* 3. §. 846.
(2) *L.* 38 *de obl. et act.*
(3) *L.* 4 *de pignor.*

dritto che forma la essenza della obbligazione, da ciò che è relativo alla prova della medesima. Dacchè due o più persone hanno liberamente e con cognizione della causa dato il loro consenso, il *vinculum juris* esiste, la convenzione è perfetta, la obbligazione è formata o che la prova si possa ricavare dalla cosa stessa, o dalle persone de' contraenti. Tanto in logica che in morale non si può dichiarare nulla una convenzione dal che manchino delle prove esterne per dimostrarne la esistenza: sarebbe un perfido colui che dicesse di non voler prestare ciocchè ha promesso pel solo oggetto di non potersi dal creditore provare la convenzione passata tra se ed il suo debitore. Ciò posto nasce la curiosità di sapersi su di quale fondamento siasi detto nell' ultima parte dell' articolo 1279 non esser prova la produzione di una scrittura sinallagmatica, quando non si facesse menzione degli originali spediti *ma che potrà valere semplicemente, come principio di prova per iscritto?*

Nell' anno 1680 nella causa del Sig. Tallemant, come rapporta Brillon (1) fù la prima volta elevata la quistione se mai in una scrittura sinallagmatica mancando il doppio originale, dovesse valere l' obbligazione, e l' opinione colla quale si sosteneva la nullità del contratto venne rifiutata a segno che il

(1) *Mot Bail num.* 16.

Digitized by Google

Sig. Tallemant fù condannato o a perfezionare l' affitto del suo priorato chiamato S. Ireneo, o a pagare i danni e gl' interessi sofferti da colui a cui esso avea scritto un biglietto relativo al mantenimento dell'affitto. Toullier (1) dimostra, che la dottrina sulla quale si fa poggiare la necessità del doppio originale è una teoria non soda: difatti. Si dice il contratto sinallagmatico obbliga ambedue i contraenti: dunque l' atto, che ne contiene la prova deve esser fatto in doppio. Quì si confonde obbligazione e prova della medesima. Il contratto e l' atto sono due cose talmente diverse, che l' una può senza dell' altro esistere. Vi può essere un contratto verbale ed ecco la non esistenza dell' atto. Di fatti si dirà in appresso nell' artic. 1428 che s' intende perfezionata la compra e vendita *tostochè si è convenuto della cosa e del prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, nè pagato il prezzo.* Così *viceversa* vi sarà la esistenza dell' atto, che racchiuderà l' obbligazione figlia di un dolo, ecco l'atto e non la obbligazione: ecco un atto valido: ecco un contratto nullo. Ma si dirà, se l' atto non sarà doppio uno solo de' contraenti avrà la prova, e mancherà all' altra parte. Questo ragionamento è fallace, poichè colui che supprimerà l' originale unico dell' atto, resterà anche obbligato ancorchè l' atto non esista:

(1) *Num.* 311 §. 11. *dall' atto sotto privata firma.*

qui si può ricorrere al giuramento, all'interrogatorio come è detto negli artic. 418 e segg. Codice di rito civile. Conchiude quindi il citato autore che la novella dottrina sia destituita di fondamento. Questa teoria è insegnata da Domat (1). Non ostante però tali dottrine nell'anno 1736 la questione fu riprodotta nella quarta Camera del Parlamento di Parigi, e venne giudicato, che non solamente bisognava, sotto pena di nullità che l'atto contenesse la convenzione formata, ma che dovesse farsi menzione del doppio originale sotto pena di nullità. Ciò venne deciso in seguito della sposata dottrina di M. Grainville uno de' magistrati che assisteva alla decisione. Venne piantato il seguente principio » L'obbligazione sinallagmatica deve somministrare ad ambe le parti una reciproca azione per costringere l'altro alla esecuzione in quanto si è nella obbligazione dedotto «. Questa è una elementare dottrina. Tostocchè manca questa reciproca azione, restano le obbligazioni imperfette. Non vi può esser perfetta obbligazione senza coazione, cioè senza il dritto che impone la necessità, *qua adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura*. Da questa dottrina non siegue però la necessità di ridurre in atto l' obbligazione. Sia stata però la cosa comunque dopo di tale decisione la gius-

(1) *Tit. delle convenzioni in generale sect.* 1. *num.* 10. *e* 16.

prudenza del foro fu fissata. Quindi non ostante che sino all' anno 1736 la dottrina del doppio originale sia stata ributtata come falsa ed immorale; pure dopo tale epoca è stata ricevuta a segno tale, che venne deciso dalla Corte di cassazione di Parigi, che una scrittura sinallagmatica, *non fatta in doppio*, è nulla quantunque fatta prima del Codice civile. Non vale neppure come principio di prova scritto. Allorchè il Codice civile venne redatto tanto in Francia, che presso di noi, si elevarono le stesse difficoltà, e si avrebbe meglio dovuta esaminare la dottrina; ma la precipitanza colla quale in Francia fu redatto il Codice, la indifferenza colla quale sogliono presso di noi discutersi le materie legislative dalle commissioni a ciò destinate, fecero sì, che nell' art. 1325 del Codice francese si dicesse: *Le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, non sono valide quando non siano state fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno interesse distinto*, e nel nostro Codice si tolsero le parole *non sono valide*, e venne l'articolo redatto nel modo seguente: *Le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, debbono esser fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto*. Toullier (1) fa vedere non esser stata dichiarata la nullità dell' obbligazione, ma la redazione dell' atto. I nostri

(1) *L. c.*

compilatori per evitare qualunque dubbiezza ordinarono solamente la redazione in doppio originale e non dichiararono se nella mancanza del doppio originale la nullità della redazione portasse quella della obbligazione. Qui solo si potrebbe dire, che un'atto è nullo quando la legge ne dichiara la nullità. Ora la dottrina relativa al doppio originale essendo contraria alla morale, essendo falsa, come si è detto di sopra, sembra che nella mancanza del doppio originale si possano ammettere le prove: quindi venne dichiarata nulla la convenzione non fatta in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un' interesse distinto, avrà però il suo effetto se altronde possa legalmente quella esser provata (1). Perciò il nostro Codice nell' ultima parte dell' articolo 1279 dice: *Se la scrittura sinallagmatica abbia le sottoscrizioni delle parti, ma manchi alcuno degli originali, e la menzione del numero di quelli che si sono fatti, potrà valere semplicemente come principio di prova per iscritto.* Lo stesso Delvincourt (2) sostiene la nostra dottrina ch' è quella anche di Toullier. Merlin (3) rapporta quanto è accaduto per fissare la spiegata dottrina.

Nella quarta parte dell' articolo si dice: *Ciò non*

---

(1) Sirey *tom.* 6. 2. *p. pag.* 66.
(2) *Nota* 2. *e* 3. *pag.* 63.
(3) *Repert. uuiversel. mot. double ecrit.*

Digitized by Google

ostante la mancanza di tale menzione non può essere opposta da colui che abbia eseguito per parte sua la convenzione contenuta all' atto. Qual prova maggiore si può avere sulla esistenza di una convenzione, quando quella che sia da una delle parti stata eseguita? È nota la massima del presidente Fabro: *executio contractus miram vim et efficaciam habet ad contractum alioquin nullum constituendum.*

Art. 1280. *Il biglietto o la promessa per mezzo di scrittura privata . . . .*

È eccettuato il caso in cui l'atto si faccia da mercanti . . . .

Art. 1281. *Quando la somma espressa nel corpo dell' atto sia diversa da quella espressa nel buono....*

II. Il biglietto, in generale, non è altro, che la riconoscenza di un debito colla promessa di pagarlo.

Varie specie di biglietti vi sono cioè biglietto semplice, di cambio, di banco ec. Quì si parla del biglietto semplice. La teoria generale, che abbraccia tutti i biglietti, è espressa con molta chiarezza da Merlin (1). In Francia prima dell' anno 1735 cioè prima che si pubblicasse la ordinanza chiamata dell' anno 1733 quando si presentava un biglietto, che contenesse la promessa di un pagamento da farsi o in un certo determinato tempo, o all' ordine della persona a cui beneficio il pagamento dovea segui-

(1) *Repert. universel. mot billet.*

re, si dovea dichiarare dal debitore, che la somma che si promettea pagare era realmente stata numerata al debitore, che il biglietto era stato fornito del denaro corrispondente. In appresso poi venne destinato, che la esibizione del biglietto nel quale era contenuta la promessa fosse sufficiente ad obbligare il debitore al pagamento. Ma siccome era ordinato, che: *instrumenta conscripta vel manu propria contrahentium vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta* (1) fossero efficaci a far costringere colui che avea sottoscritto al pagamento, perciò nascendo spesso delle frodi, e vedendosi spesso, che consegnato a Tizio un foglio volante in bianco da me formato, o pure avendo fatto scrivere un foglio, che racchindesse un mandato di procura o altro atto, si toglieva di mezzo quanto si era scritto da aliena mano e da me sottoscritto, e sopra della mia firma si scriveva una promessa, che si volea da me fatta, ma della quale io nulla ne sapeva; per cui chiamato pel pagamento io non poteva negare esser quella realmente la mia firma, e veniva quindi condannato al pagamento, o dovea ricorrere alla querela di falso; perciò a toglier ogni occasione di frode nell' anno 1733 venne ordinato, che simili biglietti fossero nulli quante volte per intero non fossero stati scritti dal promittente o almeno questo venisse *approvato nella som-*

(1) *Princ. instit. de const. et vend.*

Digitized by Google

ma dal promittente. L'ordinanza nel pronunciare assolutamente la nullità del biglietto non scritto dal debitore, allorchè non era stata approvata la somma, senza riservare al creditore la facoltà di provare la legitimità del debito, potea far credere che il creditore era escluso dal provare la veracità della promessa, e che il biglietto era assolutamente nullo. *Pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura tanquam nec confecta, nec penitus scripta* rescrisse Giustiniano (1). Quindi venne concordemente osservato, che la ordinanza dell' anno 1733 diede un remedio peggiore del male. A togliere perciò ogni occasione di frodare, e per togliere il dannevole, e ritenere ciocchè vi era di utile nella ordinanza, il Codice nell'art. 1280 venne a prescrivere la necessità dell' approvazione in tutti i biglietti che contenessero una promessa di somma o altra cosa valutabile, ma non si volle far dipendere la validità di un biglietto da una forma esterna ed estranea colla promessa, ma solo si è voluto che da se stesso il biglietto destituito dell' approvazione non possa bastare per stabilire il fatto del prestito o dell' obbligazione. *Il biglietto o la promessa per mezzo di scrittura privata, colla quale una sola parte si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di denaro, o darle altra cosa valutabile, debbe essere scritta perintero di mano di colui che la sottoscrive; o*

(1) *L.* 23. §. 2. *ad S. C. Vellejan.*

per lo meno è necessario che oltre la sua firma, abbia scritto di propria mano un buono, ovveró un approvato, *indicante in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa: altrimenti essendovi la sola sottoscrizione sarà come un principio di prova per iscritto.*

Varie cose si devono osservare per la dilucidazione della presente teoria.

Nell' articolo 1276 è detto, che la scrittura privata riconosciuta da colui contro del quale si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell' atto autentico fra quelli che l'hanno sottoscritta. Al contrario, il biglietto non approvato, allorchè la firma è riconosciuta non fa fede della contratta obbligazione contro colui, che lo firmò. Necessita che delle circostanze si uniscano per allontanare il sospetto della sorpresa, che la legge autorizza il debitore ad elevare contro la firma così isolata. Si vede da ciò la ragione per la quale l' articolo 1280 forma una eccezione dell' articolo 1276. Apparisce quindi, che sebbene la legge non abbia dichiarata nulla l' obbligazione la quale è nel biglietto contenuta quando manchi *l' approvato*, ha però sanzionato in altro modo la disposizione, che prescrive l' approvazione, in negando al biglietto ed alla firma, sebbene riconosciuta per vera, il vantaggio di fare da se sola la prova del fatto o della convenzione.

Digitized by Google

Ma per quale motivo l' articolo dice : *debbe esser scritta per intero di mano di colui, che la sottoscrive, o per lo meno è necessario, che oltre la sua firma, abbia scritto di propria mano* un buono, *ovvero* un approvato *indicante in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa ?*

La legge richiede che sia scritto tutto di propria mano del debitore, o abbia un approvato, acciocchè possa fare il biglietto piena fede della convenzione o promessa espressa nel biglietto. Comanda dover almeno esser munito dell'*approvato*, appunto per far sì che abbia ad aversi per vero quanto nel biglietto è scritto. Ogni scrittura privata fa fede di ciocchè comprende, quante volte sia riconosciuta : questo non ha luogo nel biglietto, il quale oltre della firma riconosciuta ha bisogno dell' *approvato*. In mancanza di tale *approvato* la legge non dichiara il biglietto nullo, come erasi detto nella ordinanza dell' anno 1733, ma dicesi *altrimenti*, *essendoci la sola sottoscrizione varrà come principio di prova per iscritto*. Cosa s' intenda per principio di prova sarà spiegato alla Sezione II. articolo 1301. Eleva la legge un sospetto sulla sorpresa, che mai abbia potuto accadere nella persona del debitore : quindi si ha come un principio di prova che ha bisogno per divenire completa di esser fortificata dalle circostanze o altre prove accessorie. Conchiude Toullier (1). Questa

(1) *L. c. num.* 284.

interpretazione ci sembra risultare dal testo, e dallo spirito del codice ed è più uniforme alla ragione e principj del dritto: asserisce lo stesso autore esser stato deciso altrimenti dalla corte di cassazione di Parigi nell' anno 1812, ma che un solo giudicato non forma giurisprudenza. Dopo varie teorie esposte da Toullier viene a conchiudere, che la sottoscrizione senza approvato forma un principio di prova scritto, ed il biglietto in conseguenza non dev' essere riputato nullo, ma esser un atto capace a provare la somma enunciata nel corpo dello stesso biglietto.

Le dottrine relative al biglietto non sono applicabili alla lettera di cambio.

Rapporta Sirey (1) esser stato deciso non esser necessario, sotto pena di nullità, che le lettere di cambio, anche quelle sottoscritte da particolari non mercanti per oggetti mercantili contenere l' approvazione in lettere per esteso della somma, ancorchè non siano scritte da mano del traente. La corte di cassazione di Parigi adottò per modo di regola, che l' approvazione ordinata dall' articolo 1280 non sia necessaria su di un biglietto simulato sotto forma di lettera di cambio (2).

Le dottrine di sopra esposte hanno la loro osser-

(1) *Tom.* 3. 1. *p. pag.* 370.

(2) Sirey *tom.* 8. 2. *p. pag.* 95.

Digitized by Google

vanza senza alcuna distinzione di persona; ma nella seconda parte dell' articolo dicesi: *è eccettuato il caso in cui l' atto si faccia da mercanti, artigiani, coltivatori di campagna, vignajuoli, giornalieri e persone di servizio.*

Nella ordinanza dell' anno 1733 anche venivano eccettuate le persone comprese nell' articolo presente. È ragionevole tale eccezione, giacchè la maggior parte delle persone sapendo formare solamente il loro nome, il commercio rimarrebbe arrenato se tutti fossero obbligati a questa formalità di scrivere di proprio pugno la somma ch' essi si obbligano di pagare, la legge perciò eccettua dalla sua disposizione le ridette persone.

Si avverta però, che la qualità di agricoltore nel senso del presente articolo, appartiene non solamente a colui che lavora abitualmente le terre degli altri, ma benanche a colui che lavora abitualmente e coltiva le sue per migliorarle: il suo viglietto è valido benchè scritto di aliena mano, e senza ch' egli ne abbia approvato la somma per esteso (1).

Nell' articolo 1281 è detto: *Quando la somma espressa nel corpo dell' atto sia diversa da quella espressa nel buono, si presume che l' obbligazione sia per la minore somma, ancorchè l' atto egualmente che il buono sieno scritti per intero di mano di co-*

---

(1) Sirey *tom.* 18. 2. *p. pag.* 36.

lui che si è obbligato ; purchè non si provasse in qual parte sia precisamente l' errore.

Così per esempio se la promessa scritta dalla mano del debitore porta: Io confesso di esser debitore di Tizio nella somma di docati 300 per prezzo di tom. cento cinquanta di grano alla ragione di carlini quindeci il tom. e nel piedi trovasi fatto *approvo per* 200 , *buono per* 200 , non è da dubitarsi che la promessa farà fede solamente per docati 200. Se il corpo della promessa ed il *buono* erano scritti in intiero della mano del debitore , nel dubbio se sia più tosto la somma espressa nel corpo dell' atto o la espressa nel *buono* quella la quale era realmente dovuta , devesi dice Pothier (1) decidere in favore della liberazione secondo la nota regola dataci da Ulpiano : *Semper in obscuris quod minimum est sequimur* (2). Ma la causa del debito espressa nel corpo della promessa dimostra che la somma è quella che certamente è dovuta , bisogna decidere diversamente , come accaderebbe nell' esempio proposto , nel quale si vede a quale ragione è valutato il tomolo di grano. Le stesse regole , dice lo stesso Pothier (3) , devono valere nel caso inverso , allorchè la somma espressa nel corpo dell'atto o pro-

(1) *Num.* 711 *caeteris paribus.*
(2) *L.* 9. *de R. J.*
(3) *Num.* 712.

Digitized by Google

messa è minore di quella espressa nel *buono*, come sarebbe allorchè si dicesse: io confesso di dovere docati duecento a Tizio, e poi nel piedi dicasi trecento.

La dottrina dell' approvato è stata fissata per dimostrare che il debitore non sia stato sorpreso, ma che la dichiarazione sia stata figlia di una giusta causa. Si cerca però sapere se nella materia che si ha per le mani possa aver luogo la dottrina della legge romana relativa alla eccezione *de non numerata pecunia*? Potrà aver colui che avrà firmato un viglietto ed approvato, ricorrere protestandosi di non essergli stato numerato il denaro, o pure chiamato in giudizio ribattere l' azione colla eccezione dicendo, che sebbene abbia dichiarato di aver ricevuta la somma, pure realmente la cosa accadde diversamente.

Toullier (1) dopo di aver rapportata la dottrina adottata dalla legge romana nella quale era deciso, che presentato un viglietto dal quale appariva, che Tizio avea da Cajo ricevuto mille: questo viglietto non era di forza tale a farne provare la recezione assoluta del denaro, per cui poteva il debitore contro del quale in forza dell'esibito viglietto, si domandava la somma di opporre alla esecuzione del pagamento, cioè l'eccezione *di non numerata pecunia*. La legge romana era fissata su di un principio, cioè, che colui che domanda una somma di denaro a mutuo facilmente con-

(1) *Cap. VI. delle prove ed obbligaz. num.* 19.

segna nelle mani di colui al quale la domandò il suo viglietto, *quasi accepturi pecuniam, quae numerata non est*, come asserisce l'Imperatore Alessandro (1). La semplice negativa del debitore poneva l'avversario nell'obbligo di procurare la prova della numerazione (2). Osserva lo stesso autore che tale dottrina in Francia fù ricevuta, ma quella relativa alla prova da farsi dal creditore e non già dal debitore non ebbe luogo, percui egli conchiude nel modo seguente:

Il codice, passandola sotto silenzio, ha lasciato questa eccezione ne' termini del dritto comune. Il preteso debitore può dunque difendersi, allegando che non ha ricevuto il denaro, purchè si addossi la prova della sua eccezione; egli può provarla anche coi testimonj, ma ne' casi ne' quali questa prova può esser ammessa. Questa dottrina di Toullier nel nostro regno può aver solamente luogo in quanto all' ammessione della eccezione del non numerato denaro, ma siccome le leggi colle quali era ordinato di doversi fare la prova dal debitore, e non dal creditore, mai ebbero presso di noi vigore, ma furono sempre eseguite le leggi romane, che diedero un tale carico al creditore, perciò io opino che nella deficienza delle novelle disposizioni, si debba stare a quanto dalle leggi romane era sanzionato.

---

(1) *L.* 7 *C. de non num. pecun.*

(2) *L.* 8 *C. de non num. pecun.*

Digitized by Google

Art. 1282. *La data delle scritture private non si computa contro le terze persone.*

Art. 1283. *I registri de' mercanti fanno prova contro di essi; ma colui, che ne vorrà trarre vantaggio....*

Art. 1284. *I libri de' mercanti fanno prova contro di essi. . . .*

Art. 1285. *I registri e le carte domestiche non formano prova . . . .*

Gli atti per privata scrittura, allo stesso modo che gli atti autentici, non fanno fede contra de' terzi, se non quando la cosa negli stessi contenuta, è stata effettivamente consegnata *probant rem ipsam* : essi però hanno questo di meno degli atti autentici, cioè questi ultimi avendo una data certa in conseguenza della testimonianza dell' ufficiale pubblico che ha ricevuto l' atto, fanno fede contro de' terzi, e resta provato che la cosa contenuta nell'atto è stata consegnata al tempo prescritto dall' atto: Gli atti per privata scrittura possono esser soggetti alle *antidate*, e perciò ordinariamente non fanno fede, contro de' terzi, se non quando la cosa che essi racchiudono è stata consegnata nello stesso giorno che i medesimi furono notificati ai terzi. Quindi a rendersi la data certa negli atti privati è stabilito nell' articolo 1282.

La data delle scritture private non si computa contro le terze persone, se non dal giorno in cui sono state registrate, dal giorno della morte di colui, o di uno di coloro che le hanno sottoscritte, o dal gior-

no in cui la sentenza delle medesime scritture resti comprovata in atti stesi da pubblici uffiziali come sarebbero i processi verbali di apposizioni di suggelli o d'inventario.

Questi due esempj che quì si portano sono dimostrativi, e non già limitativi ossia tassativi: così se Tizio avesse jeri firmata la scrittura privata, e domani sieno allo stesso amputate ambedue le braccia. Si rende certa da tale circostanza la data del foglio privato, e questa prova vale contro de' terzi. Se la dottrina della data delle private scritture sia applicabile al commercio si può vedere presso Toullier (1). Pardessus (2) espone le ragioni per le quali la dottrina suddetta per talune circostanze non si applica alle cause commerciali. Sirey (3) rapporta esser stato deciso che in materia commerciale, gli atti sotto firma privata possono, secondo le circostanze, aver effetto contro de' terzi, del giorno della loro data, benchè questa data non sia certa.

La fede dovuta ai libri de' mercanti deve esser considerata in doppio aspetto, o per quello che riguarda la stessa persona de' mercanti, e per ciocchè riguarda le persone non mercanti. Il codice si interessa solamente della forza de' registri mercantili an-

---

(1) *Num.* 244.

(2) *Corso del dritto commerciale tom.* 1. *pag.* 227.

(3) *Tom.* 19 *l. p. p.* 384.

Digitized by Google

che per coloro che non sono mercanti: l'altro oggetto è snocciolato nel codice di commercio: quindi nell'articolo 1283 del Codice: *I registri de' mercanti non fanno prova delle somministrazioni che vi sono annotate contro quei che non sono mercanti, salvo ciò che si dirà del giuramento*. Credo che contra l'espressa disposizione della legge non debba ammettersi l'opinione di Pothier (1) il quale afferma, che se mai questi libri fossero in regola, e fossero scritti di giorno in giorno senza lacune; e se il mercante goda buona opinione, possa il giudice fare giustizia alla domanda del medesimo. È questa mia opinione fondata sul principio legale col quale dicesi: niun può costituire un titolo a se medesimo.

Piantata la dottrina, che i libri de' mercanti non possono fare prova contro de' terzi; non potendo una persona creare a suo favore un titolo, rimane a vedersi quale prova facciano contro i medesimi. Ecco come si esprime l'articolo 1284. *I libri de' mercatanti fanno prova contro di essi; ma colui che vuole trarne vantaggio, non può scinderli in ciò che contengono di contrario alla sua pretensione*. Questo ha luogo benchè la cosa fosse stata scritta più tosto da mano altrui, che da quella del mercante, purchè costi esser quello il giornale di cui il medesimo si serve; di fatti essendo esso il possessore del gior-

(1) *Num.* 719.

pale ha luogo la presunzione che le annotazioni ivi comprese furono fatte col di lui consenso (1).

Soggiunge l' articolo: *ma colui che vuole trarne vantaggio non può scinderli in ciò che contengono contrario alla sua pretensione.* La ragione di tale dottrina è ricavata dalla *l.* 92 *Cod. de transactionibus* nella quale gl' Imperadori Leone ed Antemio dissero. *Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initae fuerint, quamvis jusjurandum de his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato; eas retractari praecipimus: ita demum, et si de pluribus causis vel capitulis eaedem pactiones vel transactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur, quae ex falso instrumento composito convicta fuerit: aliis capitulis firmis manentibus: nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur.* Da qui è nata la massima legale. *Fides scripturae est indivisibilis.*

Dopo di aver parlato de' libri e registri de' mercanti, è in ordine di parlare delle carte de' particolari che sono non mercanti. È fuor di dubbio che qualunque annotazione da noi fatta sulle nostre carte domestiche non può far fede a favore nostro contro chi non si fosse sottoscritto. *Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit* rescrisse l' Im-

(1) Dumoulin *ad l.* 3 *C. de reb. credit.*

Digitized by Google

peratore Gallieno (1). In seguito di tale dottrina è detto nell' articolo 1285. *I registri e le carte domestiche non formano prova a favore di colui che le ha scritte : fanno però fede contro di colui 1.° in tutti i casi ne' quali enunciano formalmente un pagamento ricevuto. 2.° Quando contengono una espressa menzione di aver fatto tal pagamento per supplire la mancanza del titolo a favor di colui a vantaggio del quale esprimono una obbligazione.*

La stessa presunzione che milita contro del mercante che ha scritta una sua obbligazione a favor di un terzo, milita ben anche in sostegno di quanto è disposto nell' articolo 1286, eccone le parole : *Qualunque annotazione scritta dal creditore nella fine, nel margine, o nel dorso di un titolo, che sia continuamente restato presso di lui, fa fede, quantunque non l' abbia sottoscritto, nè vi abbia apposto la data, e quando tende a dimostrare la liberazione del debitore.*

Lo stesso ha luogo per l' annotazione scritta dal creditore nel dorso, nel margine, o appiè del duplicato di un titolo o di una quietanza, purchè tal duplicato si trovi presso del debitore.

(1) *L.* 3. *C. de probat.*

§. III.

Delle tacche a riscontro o sia delle taglie.

Le taglie vennero così dette dalla parola latina *talea*, o *talia*; *est enim talea ramus incisus.* Così si spiega il Du Gange (1). Le tacche di cui parla questo paragrafo sono uno de' mezzi inventati per rendersi conto di certe somministrazioni al minuto, a consegnare le quali in iscritto sarebbe di grave incomodo nel corso ordinario della vita civile. Per esempio se si tratta di provare il numero di certe forniture a minuto, che si ripetono alla giornata, spesso in ciascuno istante del giorno, e per le quali si adopra il ministero, ora di una persona, ed ora di un' altra. Si prende un bastoncino o bacchetta di conveniente lunghezza o grossezza; questo si chiama una tacca o taglia: si divide in due parti uguali, l'una della metà che conserva il nome di taglia o tacca resta a colui che fa le somministrazioni; l'altra parte che si chiama tacca o taglia di riscontro, si da a colui che le riceve.

Siccome la scrittura non è necessaria per la validità de' contratti, ma la stessa è impiegata come un mezzo più comodo e stabile di conservarne la me-

(1) *V. talea.*

Digitized by Google

moria e di provarne la esistenza: quindi la necessità fece inventare diversi mezzi di supplirvi con certi simboli, ai quali si attaccava un valore di convenzione: ora le tacche sono un mezzo inventato per rendersi conto di certe somministrazioni al minuto, e perciò il Codice nell'articolo 1287 ha detto: *Le tacche corrispondenti a quelle di riscontro fanno fede tra le persone, le quali costumano di comprovare con tale mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono a minuto.*

§. IV.

Delle copie de' titoli.

Art. 1288. *Le copie, quando esista il titolo originale, fanno fede soltanto di ciò che si contiene nel titolo, di cui può chiedersi sempre la esibizione* (1).

Merlin (2) dice, che la copia è uno scritto ch'è ricavato su di un altro: Toullier dice: si chiama copia la trascrizione di un titolo o di uno scritto

---

(1) *Ne' primi tempi gli originali degli atti si stendevano in note ossiano cifre. Quindi l'uso de' stenografi presso de' romani. Da quì l'origine del nome* notajo. *Quando poi si rilasciavano le copie queste si scrivevano per esteso, ed a lettere grosse per cui* grosse *significa copia.*

(2) *Mot. copie repert. universel.*

qualunque, fatta litteralmente, ossia parola per parola sull' originale.

L' originale di un atto sotto firma privata è la scrittura firmata da tutte le parti contraenti. Se l' atto è unilaterale, non vi è che un solo originale delle scritture private sottoscritto soltanto da colui che si obbliga. Questo atto è consegnato, per servire di titolo a colui verso di cui si contrae obbligazione. Se l' atto contiene convenzioni sillagmatiche debbano esservi in conformità dell' articolo 1279 tanti origiginali, quante sono le parti che vi hanno interesse distinto, uno per ciascuno di essi. L' originale di un atto notariale è la scrittura distesa in presenza delle parti, de' notai e testimonj istrumentarj, rivestita della firma delle parti che sanno sottoscrivere, o che contiene la loro dichiarazione di non potere o di non sapere sottoscrivere.

Quando siavi la esistenza dell' originale dal quale la copia è stata estratta, questa non ha da se forza alcuna, ma farà soltanto fede di ciò che si contiene nel titolo, di cui può sempre chiedersi la esibizione. Per potersi però vedere quale sia l' autorità della copia, bisogna esaminare se sia stata estratta dall' originale di scrittura privata, o autentica. Si sa che non può esser più nel causato che nel causante, e perciò non può la copia provare più di quello che prova l' originale. Di sopra si è spiegata quale fede meritano le private scritture, e quale quella che si dà ai titoli autentici.

Digitized by Google

Quando la copia è nello stato di esser collazionata col suo originale la dottrina è facile a concepirsi. Ma che dirsi se esistano delle copie, ma manchino gli originali.

Art. 1289. *Quando non esiste più il titolo originale, le copie fanno fede secondo le seguenti distinzioni.*

1.° *Le copie autentiche di prima spedizione. . . .*

2.° *Le copie che senza autorità del magistrato. . . .*

Si considerano come autentiche. . . .

Quando abbian meno di anni trenta. . . .

3.° *Quando le copie estratte dalla matrice. . . .*

4.° *Le copie di copie potranno. . . .*

Non autorizza la legge il notajo a spedire a richiesta di chiunque delle copie da estrarsi da quegl' atti ai quali esso nella qualità di pubblico funzionario ha data l' autenticità. La ragione dipende dall' art. 1237 nel quale è detto, che la tradizione volontaria della prima copia autentica in forma esecutoria della scrittura di obbligo, fa presumere la remissione del debito o il pagamento senza pregiudizio della prova in contrario: ora tale presunzione non avrebbe luogo nè alcuna forza, se fosse permesso alle parti di far estrarre delle copie ogni qualvolta ciò credesse esser a se espediente: quindi nel codice di rito civile (1) si prescrive il modo da tenersi dai pubblici depositarj per la spedizione della copia di un atto, ed è detto

(1) *Lib. 8. tit. V.*

specialmente nell'articolo 927, che la parte che vuole farsi rilasciare una seconda spedizione esecutiva o sopra l'originale di un atto, o in forma di copia autentica sopra una prima spedizione esecutiva che sia depositata, presenterà per tale effetto una domanda al Presidente del Tribunal civile, ed in virtù dell'ordinanza a ciò relativa, citerà il notajo ad eseguire il rilascio nel giorno e nell'ora indicata nella citazione, e citerà le parti interessate ad esser presenti. Il notajo è obbligato di consegnare alla parte interessata la copia detta di prima spedizione, e questa avrà la pronta e parata esecuzione in forza della formola in quella inserita *ordiniamo e comandiamo*. Quì il notajo nel rilasciare delle copie è un delegato del Re, il quale solo è quello, che comanda di dritto proprio alla forza pubblica: qualunque degli uscieri richiesto di mettere in esecuzione la legge del contratto, e tutti i comandanti ed uffiziali di forza pubblica comandati di prestare il braccio forte, ubbidiranno, quando ne saranno legalmente richiesti. A questa copia in forma esecutiva è inerente la esecuzione del titolo. Quì si avverta, che sebbene nella prima parte dell' articolo dicasi *copie autentiche di prima spedizione fanno la stessa fede dell' originale*; pure la esibizione dell' originale fa solamente fede, ma per la esecuzione del contratto la matrice non avrebbe alcuna esecuzione, senza l' autorità del notajo, che è il delegato del Re: quindi le copie di

seconda spedizione avranno la stessa fede che l' originale. La prima spedizione se si riguarda per quello che ha relazione alla prova, è dello stesso valore, ma per l' oggetto della esecuzione si ricerca la mano notariale coll' *ordiniamo e comandiamo*: se le copie sieno estratte *per ordine dei magistrati*, *presenti le parti*, o *chiamate nelle debite forme*, o *per quello che sono state estratte in presenza delle parti*, o *di loro reciproco consenso*, in questi casi la ordinanza del magistrato, e l' autorità che nasce dalla convenzione delle parti accorda alle medesime quella stessa forza che hanno gli originali: è da riflettersi però che le parti che acconsentiscono debbono esser capaci a contrattare.

Quì anche si deve avvertire essere proibito al notajo rilaciare più copie autentiche in forma esecutiva: è egli proibito dare delle copie di prima spedizione, ma non deve estendersi tale proibizione alle copie non autentiche.

Nella seconda parte dell' articolo si parla delle copie estratte senza ordine del magistrato o senza consenso delle parti, e dopo consegnate quelle di prima spedizione: si osservi, che se dall' estratto si conosca esser stato lo stesso notajo stipulante colui, che fece delle copie e queste siano di prima spedizione, *faranno la stessa fede dell' originale*. Se poi lo stesso notajo faccia delle altre copie, ma senza ordinanza del giudice, e senza consenso delle parti, non

farà la copia fede, come l'originale: se siano di seconda spedizione, se vi è intervenuta l'autorità del magistrato o il consenso delle parti: è però da considerarsi, che sebbene quì si dica potersi una copia estrarre con sentenza del magistrato, pure la Cassazione di Parigi decise, che il giudice non possa autorizzare la parte a farsi rilasciare una seconda spedizione di un titolo pubblico senza la presenza di colui, cui tal titolo concerne (1). Se poi queste circostanze non vi concorrano, *possano, qualora fosse perduto l'originale, far fede, purchè sieno antiche*. Fa quì osservare Pothier (2) che allora quando queste copie sono ancora di fresca data, la semplice enunciazione che vi si trova dell'ordinanza del giudice, e delle citazioni fatte alle parti per trovarsi nel tale luogo e giorno, ed ora in cui si deve estrarre la copia, non è una sufficiente prova, che queste formalità sono state osservate; quindi perchè in mancanza dell'originale, la copia faccia la stessa prova che questo avrebbe fatta, bisogna che colui che vuole servirsene ne riporti pure l'ordinanza del giudice e le citazioni: se poi sieno di data antica, la semplice enunciazione che sono state osservate le formalità, è una prova sufficiente che le medesime furono osservate, secondo la regola: *enunciativa in antiquis probant*, e

(1) Sirey *tom.* 5. 2. *p. pag.* 342.
(2) *Num.* 733.

Digitized by Google

perciò non è necessario riportarsi l'ordinanza del giudice, nè le citazioni.

Dicesi dallo stesso articolo.

Si considerano come antiche, quando abbiano più di trent' anni. Pothier avvertì, che quì non era necessario che fossero scorsi anni trenta per dirsi antica, ma che siccome colui che ha comprato giudiziariamente un fondo non è obbligato di riportare le procedure sulle quali è intervenuta la sentenza, che ordina la vendita; così dovea seguirsi lo stesso sistema per le copie. Delvincourt (1) non approva il ragionamento di Pothier ed ecco quanto dice in sostegno dell'articolo.

Io ho contrattato con voi una obbligazione di diecimila scudi. Voi ne avete conseguita la copia di prima spedizione. Dopo ciò senza mia saputa ve ne fate estrarre una semplice spedizione. Io vi pago i ducati diecimila, e domando la restituzione della copia di prima spedizione al piede della quale io vi fo notare, sotto scrittura privata, la quietanza del rimborso. Io posso perdere la copia sulla quale è notata la quietanza, se la vostra spedizione ottenuta senza intelligenza facesse una piena fede, voi per la seconda volta potreste domandare il pagamento, ma quando sono scorsi 30 anni dalla data di questa spedizione, ne viene la prescrizione del pagamento, nè

(1) *Not.* 7. *p.* 69.

è da presumersi che il creditore abbia voluto prepararsi un mezzo di frode dopo 30 anni. È noto che dopo anni trenta il debito è estinto, essendo la prescrizione non solo modo di acquistare, ma anche modo da liberarsi dall'obbligazione. Ma siccome il Codice ha fissato le prescrizioni le più lunghe ad anni trenta, perciò si è detto *che si considerano come antiche, quando abbiano più di anni trenta.* Soggiunge l'articolo. *Quando abbiano meno di trent' anni, non possono servire se non per principio di prova scritturale.*

Nella 3 parte dell'articolo è detto: *quando le copie estratte dalla matrice di un' atto non sieno state dal notajo che lo ha ricevuto, o da uno de' suoi successori, o da ufficiali pubblici che in tale qualità sono depositarj delle matrici, non potranno servire se non per un principio di prova scritturale, qualunque sia la loro antichità.*

Allorchè dicesi, che la copia faccia pruova come l'originale, ciò si deve intendere tra le persone le quali formarono de' contratti, ma non già contro dei terzi.

Toullier (1). Pothier (2) molto si diffondono su di tale dottrina. Del resto è ragionevole, che contro un terzo non intervenuto nella formazione dell'ori-

---

(1) *Num.* 729.
(2) *Num.* 736.

ginale non abbia a risentire danno dal fatto altrui. L' attestato del notajo non fa piena fede contro dei terzi se non dei fatti succeduti in sua presenza, e che vede *propriis sensibus*; de' fatti che avvengono al momento in cui riceve l' atto *tempore gesti instrumenti*; ora i fatti e la convenzione contenuti nell'atto, copiato in presenza delle parti e di loro reciproco consenso, non sono succeduti nel momento in cui si è fatta la copia: esse dunque non sono nell' atto della copia rilasciata se non enunciazioni, che secondo l' articolo 1274 fanno fede soltanto tra le parti e tra coloro che hanno da esse causa e non contro de' terzi. I fatti, la convenzione, contenuti nell' atto copiato, non possono dunque, riguardo ai terzi, esser riportati al tempo della data dell' originale, ma soltanto al tempo della data in cui si è rilasciata la copia dell' atto.

Si è detto, che il notajo volendo dare delle copie legali dopo di aver data la copia di prima spedizione, ciò deve fare o col consenso delle parti, o mediante la sentenza del magistrato. Si è spiegato in quali circostanze il magistrato darà la sua ordinanza per la spedizione della copia, ma che dirsi se le parti non si presentassero presso del notajo nel giorno e nell' ora stabilita? Il notajo ciò non ostante passerà al rilascio della copia esecutiva. Il notajo nel rilasciare la copia esecutiva senza la presenza delle parti, che si sono rese contumaci, non è sufficiente

che dica esser le parti state citate, e non comparse, deve dell' accaduto redigerne un verbale disteso coll' assistenza di un secondo notajo e di due testimonj (1).

Si è detto di sopra, che le copie anche di prima spedizione fanno tanta fede, quanta ne attribuisce la legge al suo originale. Ora se mai si fosse nella necessità di osservare l' originale le spese a carico di chi devono andare? Il presidente Fabro (2) dice, che debbono essere di colui, che lo esige sia attore sia reo: *sumptibus requirentis sive actor ille, sive reus.* Toullier osserva, che la dottrina di Fabro può aver luogo nelle prime copie esecutive, ma non per le altre spedite posteriormente. Si è veduto, che tali copie non fanno fede se non nel caso sieno antiche. Ora ne risulta che colui che fonda un azione o una eccezione su di una simile spedizione, quando questa ha meno di anni trenta, non ha sufficientemente provato la sua domanda, e che spetta a lui di anticipare le spese della esibizione dell' originale, se lo richiede, salvo ad esserne indennizzato in definitivo, se vi ha luogo: spetta a lui compiere la prova per far conoscere esser la sua domanda è ben fondata.

Termina l' articolo colla sua 4 parte. *Le copie di*

(1) Toullier *art.* 461.

(2) *Lib.* 4. *t.* 16. *destin.* 27.

Digitized by Google

copie potranno, secondo le circostanze, essere considerate, come semplici indizj.

Doumoulin nel suo trattato de' feudi (1) ecco come si esprime: *Exemplum exempli, quod videlicet non est susceptum de originali authentico, sed de mero exemplo originalis praetensi authentici, nullo modo probat, sicut nec testimonium de auditu, vel de auditu alieno.*

A far bene i conti da quanto si è detto si vede che il risultato delle espressate dottrine si possono ridurre alle seguenti:

1.° Che le copie le più solenni non fanno fede se non di ciò che si contiene nel titolo, la di cui esibizione può sempre chiedersi, finchè esiste.

2.° Che se più non esiste, le prime copie in forma esecutiva, e le prime spedizioni fanno contro di tutti la stessa fede dell' originale perduto, a cui si presumono esser interamente uniformi.

3.° Che le copie estratte col consenso delle parti o chiamate per autorità del magistrato nelle debite forme, fanno ugualmente, contro le parti presenti o chiamate, la stessa fede dell' originale per intero; ma che contro de' terzi; questa fede non rimonta alla data dell' originale, ma soltanto al giorno in cui si è estratta la copia.

4.° Che dopo il rilascio delle prime copie esecutive

(1) *Num.* 33 *mot denombrement.*

e delle prime spedizioni, il notajo non può più rilasciarne altra senza l'autorità del magistrato, o senza il consenso di tutte le parti.

5.° Che nondimeno il notajo può e deve rilasciare delle copie alle parti interessate o loro eredi, o coloro che han causa da esse, delle matrici di cui è depositario.

6.° Che queste copie possono fare una compiuta prova, quando hanno più di anni trenta a contare dal giorno del loro rilascio.

7.° Che non possono fare se non un principio di procura scritturale, quando abbiano meno di anni trenta.

8.° Che le copie di un atto estratte da un notajo diverso dal depositario della minuta, non possono, qualunque sia la loro antichità, servire, se non di principio di prova scritturale.

9.° Che le copie estratte da una copia conforme ancorchè sia una copia in forma esecutiva e di prima spedizione, non possono esser considerate se non come semplici indizj, e possono nondimeno far presumere la buona fede relativamente alla restituzione dei frutti, senza poter servire di fondamento alla prescrizione di dieci o venti anni.

10. Che il rilascio delle prime copie esecutive e delle prime spedizioni è una condizione del contratto; che questo rilascio non è, se non la conservazione ed il compimento delle funzioni del notajo

Digitized by Google

che ha ricevuto l'atto, e che non è necessario che sieno sottoscritte dal secondo notajo.

11.° Ma che per produrne gli effetti che la legge loro attribuisce, tutte le altre copie esecutive, spedizioni o copie, non escluse quelle estratte per autorità del giudice, debbono esser estratte da un solo notajo, sia anche da quello, che ha ricevuta la minuta: hanno maggior forza delle copie estratte da persone private, le quali non fanno nè prova, nè principio di prova malgrado la loro antichità. 12. Che bisogna, subito che sono prodotte, opporre la irregolarità ed i vizj delle copie su i quali si fonda una domanda o una eccezione, perchè il silenzio su queste irregolarità, potrebbe considerarsi come un'approvazione, o come una ricognizione, che la copia estratta è fedele.

Quando le copie non sono state estratte da una persona pubblica, queste sono quelle che chiamansi assolutamente *informi*: esse non fanno alcuna prova, quantunque antiche: esse non possono tutto al più che formare qualche leggerissimo indizio.

Se qualcheduno nondimeno avesse prodotto questa copia informe per trarne qualche indizio, l'altra parte potrà farne uso contro di lui; ed essa farà fede contro del producente, perchè presentandola egli stesso, è riputato averne riconosciuta la verità, giacchè non si devono produrre che documenti creduti veri.

Art. 1290. *La trascrizione di un atto ne' registri*

pubblici non potrà servire se non per principio di prova scritturale: ed anche per questo sarà necessario.

1. *Che sia certo di essersi perdute tutte le matrici del notajo di quell' anno in cui l' atto apparisce esser stato fatto; ovvero che si provi essersi perduta la matrice di tale atto per un accidente particolare.*

2. *Che esista un repertorio del notajo, fatto regolarmente, donde apparisca che l'atto fu fatto nella medesima data.*

Quando nel concorso di queste due circostanze verrà ammessa per mezzo de' testimonj, sarà necessario che vengano esaminati coloro, che furono testimonj nell' atto, se tuttora esistano.

Nell'articolo 863 si parlò della trascrizione da farsi delle donazioni; nell' art. 2075 si parlerà in generale delle trascrizioni da farsi presso la conservazione delle ipoteche di tutti gli atti traslativi di dominio. Nel cap. IV del titolo delle ipoteche si enuncieranno le maniere come iscrivere tutti i titoli da' quali nasca un qualche nostro dritto reale. Ma è certo, che nella conservazione delle ipoteche si deve presentare una copia del titolo: Ma questa copia è quella, che non potrà servire se non per principio di prova scritturale. La disposizione presente è piena di giustizia; poichè la trascrizione presso la conservazione delle ipoteche non è firmata dalle parti: queste neppure ordinariamente vi sono presenti; quindi non se gli poteva accordare la forza di provare la esistenza del

Digitized by Google

contratto contenuto nell'atto. Si potrebbe presentare un' atto falso, e farlo trascrivere, ed ingannare così il conservatore delle ipoteche, che non è incaricato di verificare gli atti presentati alla trascrizione e poi colla suppressione dell' originale eludere la prova della falsità: una tale copia presentata per la trascrizione diverrà un principio di prova scritturale se si proverà, che o siansi perdute tutte le matrici di quel notajo, come per incendio, saccheggio, o pure che si sia perduta la matrice di tutto l' anno per un particolare accidente. Prima della pubblicazione del codice non si ammetteva questa circostanza relativa alla perdita particolare della matrice, che l'atto racchiudeva. Si vuole di più che dal repertorio del notajo apparisca, che quell' atto realmente fu fatto colla medesima data.

Il codice nella ultima parte dell'articolo per ultima condizione richiede che quando nel concorso della matrice e della esistenza di un repertorio, verrà ammessa la prova, si facciano necessariamente esaminare *coloro che furono testimonj dell' atto se tuttora esistano* dal contesto di quest' articolo si vede, quanta poca fiducia meritano quei notaj i quali ricevono degli atti senza la presenza de' testimonj, e che poi questi firmano per essere uomini di loro fiducia.

Sirey (1) rapporta una decisione della corte di

(1) *Tom.* 19. *p.* 380.

cassazione di Parigi dalla quale apparisce, che un'atto fatto in simile modo sia falso, e venne perciò dichiarato nullo.

§. V.

Degli atti di ricognizione e di conferma.

Art. 1291. *Gli atti di ricognizione non dispensano dall' esibire il titolo primordiale, se non. . . .*

Tutto ciò che contengono. . . .

Ciò non ostante se vi fossero più atti. . . .

Sotto nome di titolo primordiale s' intende il primo titolo ch' è stato stipulato dalle parti fra le quali è stata contratta una obbligazione, ed il quale racchiude questa stessa obbligazione.

I titoli di ricognizione sono quelli stipulati in seguito dai loro eredi e successori,

Nella prima parte dell' articolo dopo di essersi detto: *che gli atti di ricognizione non dispensano dall' esibire il titolo primordiale.* Soggiunge una eccezione ed è la seguente. *Se non quando il tenore di esso vi si trovi specificatamente riportato.*

Da una tale dottrina si ricava. Se nell' atto di ricognizione è rapportato per intero il tenore dell' atto primordiale, in questo caso il creditore non è tenuto esibirlo, se si fosse perduto. Queste ricognizioni hanno ciò di particolare, che equivalgono al titolo primordiale. Nel codice dicesi: *se si trovi specifica-*

Digitized by Google

tamente riportato, cioè *in forma speciali*. È riportato il tenore del titolo primordiale (1). In questo stato di cose siccome è ordinato nell'articolo 1289 che la copia abbia ad avere la stessa autorità dell' originale quando sia formata presenti le parti: così non si può negare una tale fede all'atto di ricognizione ch'è un vero originale, la forza di supplire al titolo primordiale, che può supplire una semplice copia. Se si riportasse il solo titolo e non il suo tenore, non basterebbe per supplire il titolo primordiale, e per dispensarlo dall'esibirlo. Si è detto, che se non si rapporti specificatamente il tenore del titolo primordiale, potrà il creditore esser costretto alla esibizione del titolo primordiale. Nella terza parte dell' articolo a questa regola si dà una eccezione: *ciò non ostante, se vi fussero più atti conformi di ricognizione avvalorati dal possesso, ed uno di essi avesse la data di trent' anni, il creditore potrà esser dispensato dall' esi-*

---

(1) *Presso degli antichi si distinguevano due sorti di titoli di ricognizioni o di riconoscimento, quelli che sono nella formola che chiamasi da Doumoulin* ex certa scientia, *ossia* in forma speciali et dispositiva, *ed erano quelle nelle quali era riferito il tenore del titolo primordiale, e quelle chiamate* in forma communi *nelle quali non è riferito il titolo primordiale. Queste servono solamente a confermare il titolo primordiale ed ad interrompere la prescrizione.*

bire il titolo primordiale. Dice quì Toullier (1). Questa eccezione non deve intendersi se non di quegli atti di ricognizione nei quali non è riportato il tenore specifico del titolo: altrimenti sarebbe una contradizione colla prima disposizione, di cui non è che una eccezione.

Fatta una tale distinzione, è detto nella seconda parte (2). *Tutto ciò che contengono di più del titolo primordiale, o che vi si trovasse di diverso, non ha alcuno effetto.*

Il Sig. Delvincourt (3) a me sembra di aver superato tutti nella chiarezza e nell' acutezza in spiegando il contenuto nella seconda parte dell' articolo, che si ha per le mani.

Coll' essersi detto *non ha alcuno effetto* nell' articolo, ecco come argomenta. Se il titolo riconoscitivo contiene più del titolo primordiale, l' eccedente è nullo, quando anche il pagamento o la prestazione si fosse continuata per anni trenta. Con ciò non si vuole dire, che non si possa acquistare una prestazione senza titolo, mediante il continuato possesso per lo spazio necessario per la prescrizione, ma ciò si è stabilito dal che si suppone esservi stato un titolo, e questo siasi

(1) *Num.* 486.

(2) *Che dovrebbe esser la terza e si vedrebbe allora una maggiore chiarezza.*

(3) *Not.* 7. *p.* 70.

Digitized by Google

perduto: ma se questo è presentato, la presunzione cessa, e la prestazione deve esser fatta tale quale è portata nel titolo primordiale. Questo è il caso nel quale si verifica: *melius est non habere titulum, quam habere vitiosum.* Non accade lo stesso se la prestazione sia differente in quanto alla natura della cosa, che si presta. Ma che dirsi se il titolo riconoscitivo senza contenere una prestazione differente, contenga una prestazione minore di quella la quale apparisce nel titolo primordiale, e questa abbia avuto luogo per tanto tempo, quanto è necessario per la prescrizione? In questo caso deve esser continuata nello stesso piede. La ragione della diversità nasce 1.° per esser la liberazione cosa favorevole; 2.° si può presumere un pagamento parziale, o una nuova convenzione tra le parti; 3.° che si può prescrivere contro del suo titolo. Pothier nel numero 745 opina nello stesso modo, ma Toullier (1) non vorrebbe ammessa questa distinzione, dicendo, che non essendo questa distinzione compresa nel Codice, non si deve ammettere. Nell'articolo 2169 siccome è detto, che il debitore di una rendita può esser astretto a somministrare a proprie spese una nuova scrittura al suo creditore o a quelli che hanno causa da essi, perciò giustamente Toullier afferma che l'atto di ricognizione dee esser fatto priachè sia scorso il tempo necessario per operare la prescrizione.

---

(1) *Num.* 489.

Dopo gli atti di ricognizione, il Codice passa agli atti di ratifica, ed a quelli di conferma.

Sebbene Toullier (1) dica esservi un qualche divario tra ratifica, ed atto di conferma; pure ne'motivi della legge si dice; che la distinzione che si faceva tra la conferma e la ratifica sembrò esser inutile. Del resto la parola di ratifica in generale è sinonima di *approvazione*. Noi possiamo approvare ciocchè è stato fatto in nostro nome, senza ordine o senza mandato nostro, il che in conseguenza da noi poteva esser dissapprovato. In questo senso la ratifica è l'atto col quale manifestiamo espressamente o tacitamente la volontà o il consenso di approvare e di renderci proprio ciò che si è fatto in nostro nome, come se noi stessi l'avessimo fatto: *Ratihabitio pro mandato valet, et confirmat ea, quae antea gesta sunt* (2).

Così nell'articolo 1870 dicesi che il mandante non è tenuto dover eseguire ciocchè si fece dal mandatario quando *excessit limites mandati*: poi si soggiunge nella seconda parte dell'articolo: *se non in quanto egli l'abbia espressamente o tacitamente ratificato*. Possiamo anche approvare o ratificare un contratto o un atto qualunque a cui siamo concorsi, ma che da noi può esser impugnato per mancanza

(1) *Num.* 490.

(2) *L.* 2. *C. ad S. C. Maced.*

Digitized by Google

di qualche condizione necessaria alla sua validità o per altri vizj o irregolarità. In questo senso la conferma chiamasi *ratifica*. Quindi due specie di ratifiche; quella colla quale approviamo ciò che si è fatto in nostro nome senza nostro ordine e facoltà, e quella colla quale approviamo un contratto o altro atto al quale si è da noi concorso o a cui siamo stati chiamati, ma che era suscettivo di esser impugnato per vizj reali o apparenti, di natura tale a farne pronunciare la nullità o rescissione. In questo articolo si parla di questa seconda ratifica, della prima se ne parlerà nell'articolo 1870 di sopra citato.

La ratifica è di due sorti una espressa, l'altra tacita. Mediante la prima si rinuncia formalmente al mezzo che dalla legge era accordato per invalidarlo. È noto, che ognuno può rinunciare al beneficio che la legge gli accorda. La tacita poi è quella, la quale risulta dalla esecuzione volontaria dell'atto accaduta però all'epoca nella quale l'obbligazione poteva esser ratificata ossia confirmata, cioè, che colui, che ratificò nel momento in cui ratificò poteva contrarre quella obbligazione la quale ratifica. Nella prima parte dell'articolo si parla della espressa ratifica: nella seconda della tacita, e si espongono le condizioni che nella prima e seconda debbono concorrere. Ecco le parole dell'articolo 1292: *L'atto di conferma o ratifica di una obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione non è va-*

lido, se non quando vi si trovi espressa la sostanza della obbligazione, il motivo dell' azione di rescissione e la volontà di corregere il vizio per cui tale azione è fondata.

La mancanza di atto di conferma o ratifica basta che l' obbligazione venga eseguita volontariamente, dopo l' epoca in cui l' obbligazione stessa poteva esser validamente confermata o ratificata.

Dalla lettura della prima parte dell' articolo si conosce, che quando si vuole confermare o ratificare un' atto la di cui nullità potrebbe esser pronunciata, conviene che l'atto per il quale si conferma o si ratifica, faccia conoscere in una forma certa, quello ch'è confermato o ratificato nel tempo stesso in cui si farà conoscere la volontà di far sparire il vizio di nullità. Questa prova non può esser completa che in quanto si troverà nell' atto di conferma o di ratifica la sostanza dell' atto primiero, l' indicazione di nullità, l' intenzione di ripararla. Così se si voglia ratificare un contratto di vendita, questa vendita deve esser rapportata in sostanza nell' atto della ratifica, acciocchè si veda quello che si volle ratificare, e cosa s' intenda per ratificata. Si deve dire ossia esprimere il motivo dal quale nasceva l' azione di rescissione. Se la causa era quella della minorità, o della lesione, e se ambedue vi concorrano, tutte devono essere espresse nella ratifica. Nel caso la vendita fatta nell' età minore sia attaccata dal minore divenuto maggiore a

Digitized by Google

norma dell' articolo 1265, e nella ratifica si dicesse volersi rescindere la vendita per causa della età minore, se anche la lesione siavi occorsa, dopo ratificato l' atto di vendita, dallo stesso minore divenuto maggiore o dai suoi eredi, l' atto stesso per causa di lesione si può impugnare. Difatti la confirma è una transazione, ed è noto che *ad ignorata non porrigitur*, e nell' articolo 1920 è detto: la transazione non si estende oltre a ciò che ne forma l' oggetto.

Si è detto, che, quando si dà la sua esecuzione all' atto nella epoca nella quale l' obbligazione poteva esser confermata, dicesi esser accaduta la tacita ratifica. Quì però bisogna avvertire, che siccome nell' articolo 1071 si disse che la convenzione contratta per errore, violenza o dolo non è *ipso jure* nulla, così se il minore divenuto maggiore esegue la sua obbligazione, da questa esecuzione non sempre ne nasce la ratifica. Così costituita una rendita contro del minore: questo divenuto maggiore se continui a pagare gl' interessi, da ciò non si deve arguire di aver ratificato il contratto o fatto nella minore età, o nel quale siavi intervenuto errore o dolo. La sola apparenza del contràtto deve anche esser rispettata; quindi a tali viziosi contratti si dà una provvisoria esecuzione fino a che non siasi ottenuta la rescissione del contratto. In questo ed altri simili casi, il minore ha fatto volontariamente quello stesso, che avrebbe dovuto fare mediante una sentenza del magistrato. Quan-

do l'atto è mantenuto provisoriamente, nel definitivo poi il minore conseguirà quegl' interessi che dovè pagare: un atto di obbedienza non è un atto volontario di esecuzione. Pigeau negli elementi di dritto francese espone con chiarezza tale dottrina.

Accaduta la ratifica sia espressa, sia tacita nel modo spiegato nella 1. e 2. parte dell' articolo, nella 3. parte è detto. *La conferma, ratifica, o esecuzione volontaria, e nelle forme determinate dalla legge, produce la rinuncia a' mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto, senza pregiudizio però del dritto delle terze persone.*

Da questa disposizione derivano due principj certi, due principj antichi, che bisogna sviluppare di unita alle riflessioni di Toullier (1). Il primo principio è che la ratifica ha per sua natura un effetto retroattivo relativo alla persona, che ratifica. Il secondo che l'effetto retroattivo della ratifica non saprebbe pregiudicare ai diritti acquistati dalle terze persone anteriormente all' atto della ratifica.

Il primo principio è evidente riguardo alla ratifica degli atti fatti in nostro nome, ma senza nostro ordine: si sono di sopra citate le leggi romane dalle quali è fissato l'assioma *ratihabitio pro mandato valet.* Essa si riporta naturalmente all' epoca in cui si è fatto il contratto ratificato: *ratihabitiones negotiorum*

---

(1) *Num.* 513.

Digitized by Google

gestorum ad illa tempora reduci oportet, in quibus contracta sunt (1).

Ma si domanda tutte le convenzioni possono esser ratificate? bisogna distinguere nullità assoluta, e relativa. Quelle sono fondate su taluni motivi di ordine o interesse pubblico. La relativa è quella che non può esser opposta, se non da coloro in favore de' quali è pronunciata: essa non è una nullità per riguardo alle altre persone, ma più presto una facoltà data ad una delle parti d'impugnare un contratto per sola volontà, e senza provare alcuna lesione. Così il contratto della donna maritata fatto senza la maritale autorizzazione: quella del minore per i contratti fatti nella minore età. Quando la convenzione fosse nulla perchè contraria al buon costume, alla legge non è suscettibile di ratifica: questa vestirebbe lo stesso vizio della convenzione la quale si vorrebbe ratificare: se poi nella obbligazione vi fosse anche una nullità assoluta, quando questa non fosse poggiata che sull' interesse di un qualche privato, si può ratificare; solo è da avvertirsi, che non avrà forza retroattiva in pregiudizio de' dritti acquistati dalle terze persone. Il contratto ratificato non riceve la sua forza se non dall'atto di ratifica. Dunque da questo giorno soltanto potrà esser opposto alle persone terze, poichè prima di questo tempo era considerato, come

(1) *L. 25. c. de donat. int. vir. et uxor.*

non esistente agli occhi della legge; ciò risulta dalla stessa natura della nullità assoluta.

L'articolo 1293 dice: *Il donante non può riparare con alcuno atto confermativo i vizj di una donazione fra vivi nulla per le forme: è necessario, che sia fatta di nuovo nelle forme legali.* . . . . .

Art. 1294. *La conferma ratifica, o esecuzione volontaria di una donazione per parte degli eredi, o di quelli che hanno causa dal donante, dopo la morte di lui induce la loro rinuncia al diritto di opporre i vizj delle forme, o qualunque altra eccezione*. . .

Le donazioni siccome sono soggette sotto pena di nullità a certe forme estrinseche che non sono richieste per gli altri contratti; così se queste forme non sono state osservate, non si può riparare questo vizio con un semplice atto confermativo, a meno che questo atto non contenga forme prescritte per le donazioni, ed in questo caso diviene un nuovo atto di donazione, e la donazione è *fatta di nuovo nelle forme legali.*

Le forme estrinseche particolari alle donazioni, sono: 1.° la necessità di un' atto notariale di cui resta minuta presso del notajo: 2.° la necessità di un' accettazione manifestata in termini espressi. Se la donazione è stata fatta con privata scrittura, il donante invano con altra privata scrittura confermerebbe la donazione: questo nuovo atto conterrebbe lo stesso vizio del primo: se fosse ammessa una simile con-

Digitized by Google

ferma, la disposizione della legge, la quale esige che l'atto di donazione sia autentico, diverrebbe perfettamente illusoria. Se il nuovo atto è notariale e con minuta, ma non accettato dal donatario, non può neppure convalidare il primo atto, perchè esso medesimo è imperfetto finacchè non sia accettato.

Nell'ultimo articolo si parla della rinuncia *al dritto di opporre i vizj delle forme*, o *qualunque altra eccezione* la quale ha luogo quando accada la ratifica per parte degli eredi, o di quelli aventi causa dal donante. Ma che dirsi, se mai il donante che poteva rescindere una donazione, sia per la inosservanza de' patti, vizio d' ingratitudine o sopravvenienza dei figli, e non l'abbia fatto. Quì bisogna distinguere o la rescissione è stabilita a favore degli eredi o del donante; così se la donazione sia fatta ad un incapace se ecceda la quota disponibile, se nascono de' figli. In questi casi la ratifica fatta dal donante non obbliga i suoi eredi, i quali cominciano ad avere il loro dritto se non dal giorno della sua morte. All'incontro, se la nullità o l'azione di rescissione è stabilita a favore del donante, la sua tacita ratifica, che risulta dalla volontaria esecuzione, lega i suoi eredi, i quali in questo caso non possono avere altri dritti se non quelli, che esso aveva. Quindi la mancanza di accettazione espressa essendo una nullità stabilita a favore del donante, come si disse nell' artic. 856, se malgrado l' omissione della espressa accettazione,

il donante esegue volontariamente la donazione, i suoi eredi non sono più ammisibili ad impugnarla.

SEZIONE II.

Della prova testimoniale.

SOMMARIO.

I. *Differenza tra la nuova e vecchia legislazione relativamente alla prova testimoniale: perchè la prova testimoniale abbia luogo nelle cause criminali, e non indistintamente nelle cause pecuniarie?*

II. *In quali casi si può ammettere, e fino a quale somma la prova testimoniale. Metodo da osservarsi nella istituzione delle azioni.*

III. *Principio di prova scritto: suoi effetti, e quando sarà ammesso: eccezioni da farsi sulla prova testimoniale.*

ART. 1295. *Per qualunque cosa che eccèda la somma, il valore. . . .*

ART. 1296. *La regola precedente si applica al caso in cui oltre la domanda del capitale. . . .*

ART. 1293. *Colui che ha fatto una domanda che eccede. . . .*

ART. 1298. *Non può essere ammessa la prova testimoniale. . . .*

Digitized by Google

I. Nella legislazione romana era sanzionato: *testimoniorum usus frequens ac necessarius est, et ab his praecipue exigendus quorum fides non vacillat.* Era l'uso de' testimonj adoprato tanto nelle materie criminali che civili. In tutti gli atti era adoprata la prova testimoniale a segno, che sebbene Costantino (1) avesse rescritto, che in *exercendis litibus eamdem vim obtinere fidem instrumentorum, quam depositiones testium* scrive pure Giustiniano *nos quidem existimavimus ea quae dicuntur viva voce, et cum jurejurando haec dignori fide quam scripturam ipsam, secundum se sussistere.* La grande deferenza che si spiegò per la prova testimoniale (nata dalla necessità di ammetterla, e non dalla corruzione della morale come da taluni si vuole): questa deferenza e prelazione che si dava a tale prova diede luogo alla cattiva fede: somministrò anche presso de' romani argomento a formare una novella legislazione: quindi si vidde la necessità di restringerla a certi determinati fatti; a talune speciali circostanze: si vidde la necessità di circoscriverla ad una certa determinata somma al di là della quale cessa di esser permessa. Quindi Giustiniano si fu il primo, che ordinò non doversi ammettere una prova testimoniale in faccia ad un titolo che provava la esistenza di un debito: *testium facilitatem, per quos*

(1) *L.* 15 *cod. de fide inst.*

multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile, resecantes, omnibus praedicimus, ut qui in scriptis a se debito retulerint, non facile audiantur, si dicant, omnis debiti vel partis solutionem sine scriptis se fecisse (1).

In Francia dalla ordinanza di Moulins sanzionata nell'anno 1596 che si deve alla saviezza del Cancelliere de l'Hôpital venne ristretto l'uso della prova testimoniale: questa legge disse il giureconsulto francese Boiceau fu creduta dura, odiosa, e contraria al dritto civile, ciò non ostante però soggiunge: *nulla toto hoc saeculo constituitur utilior, aut lex regia sanctior visa fuit.* Questa stessa ordinanza fu adottata da Luigi XIV nell'anno 1667 con qualche picciol cambiamento. Il codice con qualche modifica l'ha compresa tra i detti articoli.

Ma perchè si mostra tanta precauzione per la prova testimoniale parlandosi delle obbligazioni convenzionali, e poi si ammette nelle cause per le obbligazioni figlie del delitto? Si prende forse più conto de' beni, che della vita del regnicola? Siccome i delitti si commettono nelle tenebre, il più delle volte solamente per queste prove testimoniali si possono provare. Il falso testimonio contro un accusato è un delitto sì atroce che la legge non può neppure temere questo grado di perversità. Se l'umanità geme per gli esempj ben

(1) *L.* 15 *C. de testibus.*

Digitized by Google

rari delle vittime di falsi testimonj, l'umanità soffrirebbe molto di più se con quella precauzione non si castigassero i delitti; in allora chi mai sarebbe sicuro della sua fortuna? della sua esistenza? Presso di noi fino all' anno 1809 le leggi romane regolavano la prova testimoniale: Da questa epoca in poi sono state adottate le leggi francesi. L' articolo 1295 contiene quanto è stato ordinato ne' seguenti termini, che ad un di presso sono le stesse parole della ordinanza di Moulins. *Per qualunque cosa, che eccede la somma o il valore di docati cinquanta (nel codice francese dicevasi* 150 *franchi) ancorchè si tratti di deposito volontario, dee stendersene atto innanzi notajo, o con privata scrittura. Non si ammette veruna prova testimoniale nè contra, nè oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma o di un valore minore di docati cinquanta.*

II. Prima di passare oltre alla esatta analisi dell' articolo si avverta, che lo stesso comprende una eccezione alla regola generale dalla quale è proibita la prova testimoniale: questa è proibita meno che ne' casi ne' quali la somma, il valore oltrepassa i docati cinquanta. Più si rifletta, che la disposizione colla quale si è proibita la prova testimoniale quando la somma eccede i docati cinquanta, è stata fissata qual principio di dritto pubblico, e non per favorire i con-

traenti. Il suo principale oggetto è quello di rendere meno frequenti le false testimonianze, e la subornazione de' testimonj. Più bisogna riguardare l'epoca in cui si fece la convenzione: se in quel momento la convenzione racchiudeva una somma maggiore di docati cinquanta, sarà non ammessa la prova testimoniale, ancorchè nel momento della citazione la domanda fosse a minore somma ridotta per un pagamento fatto, o perchè il creditore volesse per suoi privati fini domandare una quantità ridotta a somma minore. Su di queste basi poggia tutta la dottrina compresa nell'articolo nel principio del quale dicesi. *Per qualunque cosa che ecceda la somma o il valore.* Quì la parola *cosa* significa *atto.* Difatti nel codice abolito dicevasi: *deve stendersi un atto per mezzo di notajo o per scrittura privata sopra qualunque cosa, che ecceda*, e nella ordinanza di Moulius dicevasi: di tutte le cose eccedenti la somma o il valore . . . *si passerà contratto.* Giustamente perciò quì si deve intendere sotto nome di cosa, *contratti, atti* ossia *scritto* per servire di prova. Le cose la di cui prova testimoniale è proibita sono dunque tutte quelle, che fanno o possono fare la materia de' contratti o de' trattati, quando il loro valore ecceda i docati cinquanta. Così è spiegata nell'ordinanza, cioè *delle cose di cui i nostri sudditi vogliano trattare.* Ma perchè tale proibizione? perchè le parti hanno potuto o dovuto procurarsi una prova scritturale. Piantata la dottrina della non ammissibili-

tà della prova testimoniale dicesi: *ancorchè si tratta di deposito volontario*, *dee stendersene atto innanzi notajo*, o *con privata scrittura*. Siccome in Francia si erano elevati de' dubbj a riguardo del deposito volontario, dicendosi da taluni, che la fede dovuta al deposito era sacra ed inviolabile: siccome il deponente sceglie per un deposito l'amicizia la più intima; così si diceva, che esigere un atto per provarlo, era lo stesso che ferire l'antica buona fede che vuole devenirsi tra gli amici ad un deposito senza alcuna sicurezza. Difatti colui, che nega un deposito è un perfido, è un scellerato: il codice quindi a togliere ogni dubbio, e specialmente per smentire coloro, che coi principj di equità volevano eludere la legge, volle espresso il caso del deposito volontario. Toullier (1) con molta profondità spiega una tale dottrina. Pothier (2) diffusamente rapporta le ragioni per le quali venne adottata la dottrina relativa al deposito volontario.

Il comodato anche camina colla stessa regola non ostante che si fecero le stesse riflessioni. Continua l'articolo: *Non si ammette veruna prova testimoniale nè contra nè oltre il contenuto negli atti*, *nè sopra ciò che si allegasse esser stato detto avanti*, *contemporaneamente o posteriormente agli atti medesi-*

---

(1) *Num.* 29. e 30. *della prova testimoniale.*

(2) *Num.* 752.

mi. Questa disposizione era anche approvata presso de' romani. Difatti dicesi (1): *contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur.* Questa regola cioè che la fede dovuta ai contratti non può esser distrutta da semplici testimonianze per quanto modica sia la somma di cui si tratta e che veruna prova testimoniale non è ammisibile nè contra ciò ch' è contenuto negli atti, nè per stabilire ciocchè si fosse ommesso, nè su ciò che venisse allegato esser stato detto prima, al momento di farli o dopo gli atti fece sanzionare l'articolo 1296. Nella ultima parte dell' articolo dicesi: *Tutto ciò non deroga a ciò che è prescritto nelle leggi di eccezione per gli affari di commercio.* Se debba negli affari commerciali ammettersi la prova testimoniale, ed in quale modo, si dirà altrove. Si avverta che tale disposizione obbliga solamente coloro, che furono parti nella convenzione, i terzi da questa non sono compresi. L'articolo 1296 estende il contenuto dell' articolo antecedente, e dice: *La regola precedente si applica al caso in cui, oltre la domanda del capitale, l'azione contiene quella degl' interessi, se questi riuniti al capitale oltrepassino la somma di docati cinquanta.* Nell' articolo 1297 si dice: *colui che ha fatta una domanda, che eccede la somma di docati cinquanta, non può più esser ammesso alla prova testimoniale, ancorchè re-*

(1) *L.* 1. *c.* *de testib.*

stringesse la prima sua domanda: marciandosi colla stessa regola è detto nell'articolo 1298, *che non possa esser ammessa la prova testimoniale sulla domanda di una somma anche minore di docati cinquanta, quando sia dichiarato che tal somma faccia parte o residuo di un credito maggiore il quale non è provato per mezzo di scrittura.* Ora se il creditore ha nelle mani la scrittura come non ammetterlo a domandare il residuo? Quì bisogna dire, come osserva Toullier (1) doversi verificare, che il creditore abbia in buona fede consegnata la scrittura nelle mani del debitore, che diceva di voler pagare la somma intera e poi ne pagò una sola porzione. In somma deve ciò dirsi quanto la carta non è più nelle mani del creditore, allora potersi avverare tale caso.

In fine era previsto che per non presentarsi alla giustizia, quasi volendo in un tempo stesso far più domande oltrepassanti la somma per la quale vi deve esser prova per iscritto, si perverrebbe a dividere il debito facendo le domande successivamente e col mezzo di separate istanze: La legge volle prevenire anche questo sotterfugio, e nell'articolo 1299 sanzionò: *Se nel medesimo libello una parte fà più domande, delle quali non abbia titolo per iscritto, ma che congiunte insieme eccedano la somma di docati cinquanta, la prova per testimonj non può esser am-*

(1) *Num.* 47.

messa, ancorchè la parte alleghi che tali crediti provenghino da cause diverse, e che si sien formati in tempi diversi; purchè simili dritti non derivassero da diverse persone per titolo di successione, donazioni, o altrimenti. Termina la dottrima relativa alle somme che devono derivare dalla convenzione ridotta in scrittura coll' articolo 1300, e si conchiude: *Tutte le domande, da qualunque causa procedano, che non sieno interamente giustificate per mezzo di scrittura, debbon proporsi in un medesimo libello, dopo il quale non potranno riceversi altre domande delle quali non esista la prova testimoniale.* Questi due articoli i quali sono anche contenuti nella ordinanza dell' anno 1667 vennero acremente combattuti dal presidente Lomoigon che trovò della ingiustizia in simile disposizione. Difatti si finga: io in Gennajo diedi a mutuo a Tizio docati cinquanta, in Maggio darò per mezzo dello stesso contratto altri docati cinquanta.

Il giorno della obbligazione *cessit et venit*. In Luglio intendo costringere il mio debitore, e domando i docati cinquanta, dati in prestito a Gennajo, e produco i testimonj, il debitore mi oppone, che esso è debitore di docati cento, e che perciò non è ammisibile la prova testimoniale; mentre si doveano fare due domande in una medesima citazione. Io non avrò neppure la risorsa del giuramento. Toullier è l' autore di queste osservazioni: è però da osservarsi che se de' due debiti uno sia scaduto, e l'al-

tro no: se le domande spettassero a diverse giurisdizioni, le sopra dette dottrine non avrebbero luogo. Nell' articolo 1299 si rapporta altra eccezione mentre si dice: *parchè simili dritti non derivassero per titolo di successione, donazioni, o altrimenti.* Si finga la morte di Paolo al quale Giovanni dovea cento docati: lascia due eredi: questi si dividono il credito in docati cinquanta per cadauno: separatamente i due eredi fanno la domanda pel pagamento ed ognuno per docati cinquanta. Ma perchè il totale del credito nella sua origine era di docati cento, e per un accidente diviso, perciò non sarà ammessa la prova testimoniale?

Nell' articolo 1297 dicesi: colui che ha fatto una domanda che eccede i docati cinquanta, non può esser più ammesso alla prova testimoniale, ancorchè la restringesse. Che dirsi se prima di fare la domanda ossia d' istituire l' azione il creditore riducesse la somma da conseguire? Tizio deve conseguire cento, e ne domanda cinquanta.

Osserva Toullier (1) esservi stata tale quistione, ma dice che gli argomenti *a contrario* in materie de' contratti sono inconcludenti. Ora nel caso proposto è chiaro l' articolo 1298 nel quale è detto, che tale riduzione non può essere ammessa neppure nella stessa domanda. In questo articolo ch'è la con-

---

(1) *Num.* 44.

Digitized by Google

seguenza dell' articolo 1297 si prevedono due casi: 1.° Quello della domanda colla quale si riduce il credito alla somma di docati 50, il quale fa parte di una somma maggiore. Più è il caso in cui la domanda è il resto di un credito più considerevole. La ragione è stata detta di sopra nell'articolo 1297, cioè si deve badare all'origine dell' obbligazione per esaminarsi, se possa esser provata mediante i testimonj.

Art. 1300. *Tutte le domande, da qualunque causa procedono, che non sieno interamente giustificate per mezzo di scritture, debbonsi proporre in un medesimo libello, dopo il quale non si potranno ricevere altre domande delle quali non esiste la prova testimoniale.*

Art. 1301. *Le regole esposte di sopra ammettono eccezione, quando esiste un principio di prova scritturale.*

III. Dopo di avere il codice spiegata la regola generale colla quale è proibita la prova testimoniale sulle cose il cui valore eccede la somma di ducati cinquanta, è dimostrato, che neppure per reciproca acquiescenza delle parti la stessa può esser ammessa: esposto il modo come restrittivamente tale dottrina debba esser intesa, si passa a parlare delle eccezioni. Dicesi nell' articolo 1301 *che le descritte regole ammettono eccezione quando esiste un principio di prova scritturale.*

Digitized by Google

Cosa sia la prova si spiegò di sopra nel cap. VI. *della prova della obbligazione*, si disse esser questa piena o semipiena: nasceva quella dalla scrittura autentica o privata non contradetta dalla parte contro della quale è prodotta. Ma non sempre si possono avere simili prove le quali facciano interamente determinare il giudice a credere o non credere, percui possa decidere essere il fatto vero o falso. Quando vi sono degli argomenti dubbj, vi è una prova semipiena: così la scrittura privata non essendo stata nè notificata nè riconosciuta dà un argomento a creder vero quanto in quella si conteneva, ma non convince in modo l' animo del giudice alla determinazione di decidere o per l' affermativa o negativa. La prova è incompleta, è imperfetta, quella non produce una intera presuasione: essa non è che principiata, ma non ultimata: produce una semipersuasione: questa è quella che da' francesi chiamasi *cominciamento di prova* cioè *principio di prova scritto*, e da'romani si disse *semiplenam probationem*. A fare dunque i conti il comiuciamento di prova, che produce questa semipersuasione, tutto ciò, che fissa l' animo nostro in una tale situazione da non potere percepire de' motivi, nè per credere, nè per non credere, in questo stato di dubbio nasce la insufficienza delle prove, che rende, usando della espressione dell' articolo 1301, *verosimile il fatto allegato*. Nell' articolo 245 si disse, questa prova non può esser

ammessa, che quando le presunzioni o gl' indizj risultanti da fatti fino a quel tempo costanti si trovino abbastanza gravi per determinarne l' ammessione. Qui si dice che rendano verosimile il fatto allegato. Dal che apparisce che il principio di prova non è che dalle presunzioni, e queste non sono altra cosa al dire dell' articolo 1303, che conseguenze le quali la legge o il magistrato deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto: da ciò si rileva che i fatti conosciuti e costanti, sono le promesse; la verità o falsità sono le conseguenze. Ora la legge non potendo determinare in una maniera precisa ciocchè forma un cominciamento di prova, nè stabilire il numero e la qualità delle presunzioui che rendano un fatto verosimile; non è nel suo potere di fissare le regole per la verosomiglianza, e comandarne la presunzione. Ma per impedire che i giudizj non sieno ritardati da vaghe congetture, sia per effetto di una credulità eccessiva, scetticismo che senza convellere la società civile non si può ammettere nella giurisprudenza: in somma non volendo la legge questo affare abbandonarlo all' arbitrio del magistrato, ha stabilito un certo numero de' casi i quali possono e debbono determinarlo, dicendo doversi ammettere la prova testimoniale solamente ne' casi nei quali la legge stessa non la riprova (1): esistendo una fondata presunzio-

---

(1) *Artic.* 1307.

ne sopra di uno scritto la legge permette, o più tosto non proibisce ammettersi la prova testimoniale, e ciò in tutti i casi, e sopra di qualunque somma, ed ecco la ragione per la quale chiamasi cominciamento di prova scritturale, *e si ha per tale qualunque scrittura che derivi o da colui contro del quale si propone la domanda, o da quello che egli rappresenta, e che rende verosimile il fatto allegato.* Se possa poi uno scritto non emanato da colui contro del quale si produce servire per principio di prova; se l'articolo che comprende tale caso si debba limitativamente o enunciativamente intendere si può leggere presso di Toullier (1).

La legge non dovea condannare sempre alla disperazione un infelice creditore, il quale se non ha prova e neppure un principio di prova per scrittura, non è da imputarsegli a colpa: quindi quì si propongono nell' articolo 1302 le seguenti disposizioni: *Le predette regole soggiacciono anche ad eccezione, ogni qual volta non sia stato possibile al creditore di procurarsi una prova letterale della obbligazione contratta verso di lui.* Ma di quale impossibilità quì si parla, dell'assoluta o morale? Il Codice giustamente ciò non ha spiegato. Una disposizione imperativa su di questo punto non poteva esser che

---

(1) *Art. 2. eccezioni alla regola generale sulla prova testimoniale.*

imperfetta: spesso ingiusta. Il Codice si è limitato ad addurre degli esempj dai quali si potrà dal giudice dedurre l'applicazione ai fatti consimili (1). Del resto si capisce che ordinariamente parlando, dicesi una cosa impossibile, quando una cosa non si può fare se non con grande difficoltà, senza spese considerevoli: così fingete un locandiere nella cui locanda vi sia una grande frequenza, si dice esser impossibile esigere dallo stesso una scrittura dalla recezione del deposito. In questo caso si ha meno a temere della infedeltà de' testimonj, che non hanno un interesse personale, che quella del debitore medesimo, se gli fosse stato lecito di negare il suo debito. Quindi il codice fissato su tale ragione dice: questa seconda eccezione (dice seconda perchè la prima consiste nel principio di prova per iscritto) *si applica* 1.° *alle obbligazioni che nascono da quasi contratti e da delitti; e quasi delitti.*

2. *Ne' depositi necessarj fatti in caso d' incendio, rovina, tumulto o naufragio: ed a quelli fatti da' viaggiatori nelle osterie dove alloggiano: e ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto.* 3. *Alle obbligazioni contratte in caso di accidenti non preveduti, che non permettessero di fare atti per iscritto.* 4. *Nel caso in cui il creditore abbia perduto il titolo che gli serviva di prova scritta, in conse-*

---

(1) Toullier *l. c. num.* 200.

Digitized by Google

guenza di un caso fortuito, non preveduto e provegnente da una forza irresistibile.

Ragionevolmente la legge dalla regola generale ne ha eccettuati i casi qui espressi. Per ciocchè riguarda il contenuto nel primo numero si sà, che nel quasi contratto una persona resta obbligata senza suo consenso, ed il creditore non è nello stato di procurarsi una prova scritturale dacchè la persona che resta obbligata è ignorante di quanto si fà in di lui favore. Siccome si presume, che ognuno approvi ciocchè tende al suo vantaggio, perciò nasce l'obbligazione. Ciò chiaro apparisce dalla gestione degli altrui affari. Per quello, che riguarda il delitto e quasi delitto si sa che colui che col suo fatto nuoce ad una persona, è tenuto alla indennizzazione. Ma queste materie sono discusse nel codice penale nel quale si espone come la persona dannificata agisce colla civile azione per il suo interesse. Per le eccezioni contenute nel secondo numero relative al deposito necessario è da avvertirsi, che sebbene nell' articolo sieno espressi i casi d'incendio, rovina, tumulto o naufragio, pure sono casi indicativi, non testativi, e perciò l'articolo si estende al caso di guerra, d'invasione nemica ecc. cioè sono compresi tutti gli accidenti impreveduti *in his enim locus vel tempus non patitur plenius deliberandi consilium*, come si espresse Ulpiano (1): nel caso descritto d'incendio ec. non

(1) *L. 1, de exercit. act.*

Digitized by Google

vi è nè comodo, nè tempo a proccurarsi una scrittura. Fraditanto però i giudici devono aver riguardo alla qualità delle persone, ed alle circostanze che accompagnano il fatto, se quelle sono tali a rendere sospetta l'assertiva dell'accaduto, potrà esser ributtata in riguardo alle cose dette nel numero 3, cioè alle obbligazioni contratte in caso di accidenti non preveduti che non permettessero di fare atti per iscritto: si può dilucidare col seguente esempio. Se io nel momento in cui sto numerando a voi del denaro sopravengono de' ladri, e sono costretto a fuggire, resto impedito dal ricevermi il biglietto.

Per la dilucidazione del contenuto nel numero 4 necessita provare l'accidente che diede luogo alla perdita, in caso opposto sarebbe facile cosa eludere la detta disposizione. Non deve da ciò dedursi che i testimonj abbiano a deporre di aver veduto il foglio preso o lacerato, ciò sarebbe pressocchè impossibile: ma debbono deporre di aver veduto nelle mie mani il titolo, e di averlo letto, e che il luogo dove da me era conservato è stato brugiato o saccheggiato: queste circostanze rendono verisimile il fatto allegato, secondo lo spirito dell'articolo 1301.

Digitized by Google

Sezione III.

Delle presunzioni.

SOMMARIO.

I. Fondamento dal quale deriva la presunzione legale: varie specie delle presunzioni. Cosa è la presunzione legale: esempj de' casi ne' quali assolutamente è negata la prova contro la presunzione.

II. Presunzioni non stabilite dalla legge. Autorità del magistrato nel non dar luogo a talune presunzioni: condizioni da doversi necessariamente osservare. Presunzioni della cosa giudicata.

Art. 1304. *Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il magistrato deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto.*

I. Sorgono sovente delle liti, nel regno per la decisione delle quali non si può presentare alcuna prova diretta. Avviene forse che la giustizia ricusi d'interporsi, o che si esponghi ad abbandonare l'uomo dabbene in balia del cattivo? abbenchè non vi sia prova diretta di convenzione, non possono forse esistere de' fatti provati che conduchino alla conoscenza dei

fatti che sono impugnati? Non è che in forza di tali difficoltà che possono sopravvenire anche fra le persone di buona fede, che la legge dovè inculcare che tutte le volte in cui i giudici possono giungere a scoprire la verità, devono farla trionfare; ecco come il *magistrato deduce da un fatto noto la sua conseguenza, e viene a giorno di un fatto ignoto.* Se la conseguenza non è necessaria, può il giudice ammetterla o ributtarla secondo ciò che allo stesso sembra più o meno concludente, ma siccome è tale la natura dello spirito umano, che quello che ad una persona sembra concludente, e verisimile, ad altra non lo è così: quindi per fissare questa decisione e prevenire l'arbitrio del magistrato è venuta la stessa legge a classificare taluni fatti che possono rendere concludente la prova la quale nasce dal fatto noto e far così restare conosciuto il fatto ignoto. Nell'articolo dicesi, che le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il magistrato deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto, ed ecco la doppia pseśunzione della legge, e dell'uomo, che nella Sezione II. si dicono presunzioni non stabilite dalla legge.

Digitized by Google

§. I.

Delle presunzioni stabilile dalla legge.

Art. 1304. *La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a taluni atti, o a taluni fatti.*

Art. 1305. *La presunzione legale dispensa da qualunque prova colui a favore del quale esiste.*

Ma sarà sempre vero, che la presunzione legale esclude una pruova in contrario? Per la soluzione di questo problema varie cose debbono avvertirsi. I romani giureconsulti distinguevano le presunzioni dette semplicemente *juris*, da quelle dette *juris et de jure*. Contro delle prime era ammessa la prova in contrario, non così contra della seconda la quale al dire di Alciato: *est dispositio legis aliquid praesumentis et super praesumptu, tanquam sibi comperto, statuentis*: è chiamata *juris praesumptio* dacchè dalla legge è stata introdotta; a questa qualificazione si aggiunse *de jure* dacchè la legge n'è lo stabile fondamento: ha in se un dritto certo: *quia super tali praesumptione lex inducit firmum jus, et habet eam pro veritate*. Ma siccome tutte le presunzioni legali hanno un dritto stabile e fisso: siccome tutte sono riguardate almeno provvisoriamente qual verità; perciò il codice non volle ammettere la distinzione della legge romana e venne ributtata tale distinzione della

presunzione *juris*, ed *juris et de jure* che si credè come figlia della barbarie. Domat capì la illusione di tale distinzione, e non adoprò mai simile modo di parlare. D' Aguesseau seguì l' esempio di Domat, e stabilì di non potersi concepire la idea di una presunzione che poggia sempre sulla verosomiglianza: avere tanta forza di sorpassare la verità, e perciò sposò la massima: *Tutte le presunzioni devono cedere alla luce della verità* (1). È però da confessarsi ch' era più analoga a spiegare la diversa natura delle persunzioni: di fatti allontanate le sublimi teorie nelle leggi e nei giudizj, e badandosi al detto di Bacone *finis enim et scopus quem leges intueri atque ad quem jussiones et sanctiones suas dirigere debeat, non alius est, quam ut cives feliciter degant* (2). E che la vera legge è quella che riesce di utile dello Stato nell' anno 1816 la corte di cassazione di Parigi adoprò la distinzione delle presunzioni *juris, et juris de jure* (3). Ecco perchè nel nuovo codice tutte le presunzioni si divisero in *legali*; *e semplici*. Si stabilì però nello stesso modo osservare alcune idee: le legali non ammettono prova in contrario: le semplici ossia quelle che derivan dall' arbitrio del magistrato ammettono la prova in contrario. Ecco le parole

(1) *Tom.* 2. *p.* 532. *e seg.*

(2) *Aphos.* 5.

(3) Sirey *tom.* 18 *p.* 166.

Digitized by Google

dell'articolo 1806: *non è ammessa veruna prova contro la presunzione: essa annulla taluni atti, o nega l'azione in giudizio; purchè la legge non abbia riservato la prova in contrario, e salvo ciò che si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziale.*

Si vede dunque dal citato articolo che il codice stabilisce due classi di presunzioni, cioè quelle stabilite dalla legge, e sono comprese nel primo paragrafo, e quelle dette semplici presunzioni, e sono comprese nel secondo paragrafo. Nella prima classe sono comprese 1. *Gli atti che la legge dichiara nulli per la sola loro qualità, perchè li presume fatti in frode delle sue disposizioni.* Il principio sul quale poggia una simile disposizione si è che la legge presume essersi adoprata la frode: così il contratto fatto dal minore lo dichiara rescindibile, quando non è accompagnato dai solenni prescritti dalla legge; perchè presume che si voglia profittare a danno dello stesso: ma sebbene si provi che niuna frode siavi intervenuta, pure il contratto è rescindibile. *Nam ad ea potius debet aptari jus quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt* (1). Così nell'articolo 1053 si parla delle donazioni fatte ad interposta persona, e sono dichiarate nulle: ma che forse non si può verificare, che il donante beneficando ai parenti de' quali l'altro conjuge fosse erede presuntivo, non intese gratificare quel-

(1) *L. 6. de legibus.*

Digitized by Google

li per far passare la donazione all'altro conjuge, ma che fu realmente la mira del donante quella di gratificare la persona del donatario? dice l'articolo 1304 *atti che la legge dichiara nulli per la sola loro qualità.* Quì bisogna riflettere con Toullier (1) riguardarsi non la qualità degli atti, ma quella delle persone: così la qualità di sposo, di padre, madre, discendente da una persona incapace, fanno riputar nulla una donazione come fatta a persona interposta. Negli articoli 1440, 1441 è stabilito, che non possa aver luogo il contratto di vendita tra i conjugi. Non possono esser aggiudicatarj sotto pena di nullità nè direttamente, nè per interposte persone i tutori, de' beni di coloro de' quali hanno la tutela.

2. *I casi ne' quali la legge dichiara che la proprietà, o la liberazione risulti da alcune circostanze determinate.* Così certi segni esterni fanno dichiarare se un muro sia comune o nò, come si può vedere negli articoli 574 575: così anche negli artic. 1236 1237 si indicano come un debitore possa restare liberato dal suo debito, risultando la sua liberazione dalla consegna del titolo che era nelle mani del suo creditore. Quì sebbene la remissione del titolo si porta nella classe di quelle presunzioni, le quali non ammettono prova in contrario, pure nell'articolo 1237 dicesi: *La tradizione volontaria della prima copia*

(1) *Num.* 64.

Digitized by Google

autentica in forma esecutoria della scrittura di obbligo fa presumere la remissione del debito o il pagamento, senza pregiudizio della prova in contrario. Toullier (1) fa osservare che per escludersi la prova in contrario, deve la prova stessa esser fissata dalla legge speciale; poichè le speciali disposizioni derogano alle generali. Quì dunque la prova è di dritto: questa non è ammessa contro le presunzioni legali, quando secondo la espressione della 2. parte dell'articolo 1304 la legge dichiara che la proprietà, o la liberazione risulti da alcune circostanze determinate.

3. *L' autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata.*

4. *La forza che la legge dà alla confessione o al giuramento delle parti.*

§. II.

Delle presunzioni che non sono stabilite dalla legge.

Art. 1307. *Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge. . . .*

II. Dopo di aver spiegate le presunzioni contro delle quali mediante una eccezione speciale, la legge non ammette alcuna prova in contrario, il codice parla

(1) *Num.* 60.

delle semplici presunzioni legali, rimaste sotto la regola generale, cioè *che ogni presunzione cede alla prova in contrario*, sebbene la legge non l'abbia riservata. In due soli casi, secondo quanto dicesi nell'articolo 1306 non si può ammettere la prova in contrario: quindi sarebbe un inutile lavoro quello di enumerare delle presunzioni nelle quali la prova in contrario è ammessa. Basta osservare se la legge annulla certi atti, o denega l'azione in giustizia. Quando ciò si verifica niuna prova in contrario si può addurre. È tanto vera una tale dottrina, che lo stesso Toullier (1) opina, che siccome nel caso della promulgazione della legge si presume esser venuta quella alla cognizione di tutti nel giorno dopo la pubblicazione: se mai una persona fosse nello stato di provare che nel capoluogo la legge per un improviso accidente non potè arrivare ad essere conosciuta, questa legge non potrebbe esser operativa sulla di lui persona.

Taluni hanno sostenuto, che una sia la differenza, che passa tra la presunzione legale detta da' romani *juris et de jure*, e quella non stabilita dalla legge, ma dipendente dalla prudenza del magistrato, cioè che nella prima non si ammette prova in contrario, e che si ammetta nella seconda. In verità tutte le presunzioni legali hanno di comune, che si ammetta la

---

(1) *Num.* 61. 62.

Digitized by Google

prova in contrario, menochè ne' due casi compresi nell' articolo 1306: cioè non è ammessa la prova in contrario quando sul fondamento di tale presunzione la legge annulla taluni atti, o nega l' azione in giudizio (come accade nella obbligazione contratta nella causa di giuoco (1)). Vi è un punto essenziale nel quale poggia la loro differenza. Le presunzioni dell' uomo, che non sono stabilite dalla legge, essendo abbandonate ai lumi e prudenza del magistrato, questi è sempre il padrone di ributtarle, o di preferirle alle altre che sono del medesimo genere, le quali le combattono: è il magistrato libero nello scegliere tra quelle che si presentano: una presunzione può distruggere un' altra presunzione: ma la presunzione della legge non può esser attaccata che dalla legge scritta: questa deve esser fondata su di un principio infallibile per poter distruggere una probabilità così grande, la quale serve di fondamento a questa prova. Ecco come si spiega Voet (2) nelle Pandette. *Juris praesumptio, quae ex legibus introducta est, ac pro veritate habetur, donec probatione, aut praesumptione contraria fortiore enervata fuerit, cum ex ipso jure descendat, in potestate vero judicis facti quidem quaestio sit, non juris auctoritas, consequens est eam ab arbitrio judicis non pendere.* Il Codice adottò questo

---

(1) *Art.* 1837.

(2) *De probat. et praesumpt. num.* 15.

dottrine, e nell'articolo 1307 ha sanzionato. *Le presunzioni, che non sono stabilite dalla legge, sono rimesse alla dottrina ed alla prudenza del magistrato, il quale non deve ammettere se non presunzioni gravi, precise e concordanti, e solamente ne' casi ne' quali la legge ammette la prova testimoniale; purchè l'atto non sia impugnato per causa di frode o di dolo.* Si conosce da questo articolo, che sebbene le presunzioni sieno *gravi*, *precise*, e *concordanti*, pure non possono esser ammesse quante volte nel fatto da provarsi non fosse ammessa la prova testimoniale. Delvincourt (1) spiega la forza delle circostanze, che devono concorrere nelle presunzioni.

Diconsi *gravi* quando sieno di forza tale a fare impressione in una persona ragionevole: *precise*, cioè che non sieno vaghe, per cui si possono ricavare quelle conseguenze, le quali sono riputate esser convenevoli. *Concordanti*, cioè che l'una non distrugga l'altra. Quindi non contengono in se neppure quella forza, che si è data dall' articolo 1301 al principio di prova scritturale. Se però l' atto sia impugnato per causa di dolo o di frode, allora potrà il magistrato prendere argomento dalle presunzioni, potendo nella prova del dolo o frode esser ammessa la prova testimoniale, come si è detto nella sezione sulla prova testimoniale.

---

(1) *Pag.* 74. *art.*

Digitized by Google

Art. 1305. *L'autorità della cosa giudicata non ha luogo se non . . . . .*

Gl'individui, che fanno parte della civile società sono nell'obbligo di far decidere le loro contestazioni da quei magistrati, ai quali il Re ha comunicato il potere giudiziario: quindi è nel dovere di rispettare e di osservare le decisioni legalmente rese contro di lui, ancorchè le medesime le credesse ingiuste e nel fatto tali fossero: se così non accadesse l'ordine pubblico sarebbe sconvolto. Socrate condannato a morte ingiustamente, avrebbe potuto sfuggire la esecuzione della sentenza colla quale era stato condannato alla morte: a ciò fare era sollecitato dai suoi amici, ma quel savio vecchio dimostrò, che non dovea arrendersi alle persuasive degli amici, per l'obbedienza, che si dovea alle sentenze legalmente emanate. Platone nel suo dialogo in Critone rapporta questo pezzo d'istoria. Cicerone nella sua orazione pro Sylla cap. 22 disse: *Status reipublicae maxime judicatis rebus continetur.* Fissate le leggi su di tale teoria, hanno sanzionato la presunzione legale. *Res judicata pro veritate habetur* (1).

Sullo stesso fondamento nell'articolo 1305 è detto non ammettersi prova in contrario contra una sentenza passata in cosa giudicata. Pothier (2) scrisse: che l'au-

(1) *L. 207. de regul. jur.*

(2) *Ex 42. sulla cosa giudicata n. 174.*

torità della cosa giudicata fà presumere vero e giusto tutto ciò, che è contenuto nella sentenza. Sebbene sia tutto vero quanto quì si è detto sulla cosa giudicata, pure Paolo (1) disse: *Licet absolutus sit, natura tamen debitor permanet*; perciò la legge ha stabilito talune dilazioni di tempo nelle quali si possa reclamare o nella via ordinaria, o straordinaria contro di una sentenza. Quattro circostanze debbono concorrere per dirsi *res judicata pro veritate habetur* 1.° identità della cosa giudicata, che sia la stessa cosa la quale ha formato l'oggetto della sentenza; 2.° è necessario, che la cosa domandata sia la stessa; 3.° che sia fondata sulla medesima causa; 4.° che la domanda sia tra le medesime parti. Ha il cod. di rito civile fissato il tempo nel quale si possa produrre l'appello, la ritrattazione, il rimedio nella suprema corte di giustizia per essersi violato o la legge civile o il rito: queste dottrine formano la materia di varj titoli del codice di rito civile. Finoacchè una sentenza possa essere attaccata o con rimedj ordinarj o straordinarj non potrà mai dirsi, esser una cosa giudicata. L'autorità della cosa giudicata è sì estesa, che se mai il condannato, dopo di esser passata la sentenza in cosa giudicata rinvenisse de' documenti dai quali potrebbe provarsi l'ingiustizia della sentenza, pure questa dovrà esser eseguita: meno non si provasse, che

---

(1) *L.* 60 *de condict.*

Digitized by Google

di tali titoli n' era possessore la parte contradittrice: nel quale caso è deciso nell' articolo 544 del codice di rito civile potersi domandare la ritrattazione della sentenza.

Cum quaeritur, haec exceptio noceat an non, inspiciendum est an idem corpus sit (1). Se la cosa, che si domanda non identicamente è quella, che si è giudicata, per la quale si ottenne la sentenza: se l'oggetto è differente, non avendo il giudice giudicato sulla cosa, non è certamente applicabile la prima sentenza: *quae non est deducta in judicium .... quia neque litigatores, neque judex de alio quam de argento actum intelligant* (2).

Dicesi esser la stessa cosa, sebbene la legge somministra due azioni a poterla domandare; è noto, che quando due azioni competono all' attore bisogna osservare, che *una electa altera tollitur*, giacchè *non potest idem bis peti*: se però le azioni siano dirette a diversi oggetti si può, scelta un' azione, progredire all'altra. Così al padrone dirubato si dava la condizione furtiva, e l' azione di furto, quella istituita, poteva venire alla seconda. Toullier molto si distende in questa seconda condizione sulla presunzione che poggia sulla cosa giudicata.

Bisogna distinguere la diversità del giudizio. La

(1) *L. 2. de except. rei judic.*
(2) *L. 21. de except. rei judic.*

sentenza criminale non estende la sua forza nel giudizio civile, e provata l'azione in un criminale giudizio, la sentenza criminale non può estendersi a provare l'azione civile.

È chiara la quarta condizione; è noto l'assioma legale: *Res inter alios judicatae, neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare* (1). Se si dasse luogo all'opposta dottrina ne verrebbe che *inauditus esset condemnatus.* Così chiamato in un giudizio di rivindica da Cajo, essendo io restato vincitore nel giudizio, non potrò impedire a Sempronio istituire l'azione di vindicazione contro di me; poichè non essendo Cajo padrone, non lo potrà esser Sempronio?

SEZIONE IV.

Della confessione della parte.

SOMMARIO.

I. *Cosa è la confessione: di quante specie: quali sieno le persone che possono formare una confessione, che potrebbe nuocergli.*

II. *Se possa rivocarsi una confessione sotto pretesto di errore di fatto, o di dritto.*

---

(1) *L. 2. C. quib. res judic. non nocet.*

Digitized by Google

Art. 1308. *La confessione che si oppone contro una parte, è stragiudiziale, o giudiziale.*

Art. 1309. *È inutile l'allegare una confessione stragiudiziale semplicemente verbale, ogni qualvolta si tratti di una domanda di cui la prova testimoniale non sarebbe ammessa.*

Art. 1310. *La confessione giudiziale è la dichiarazione. . . .*

Non può scindersi. . . .

Non può rivocarsi. . . .

Non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di dritto.

I. La confessione non è altro, che un atto mediante il quale il debitore dichiara di riconoscere per vero il fatto che dà luogo alla lite: in somma è il *sì* del debitore che riconosce per vero il fatto o il debito del quale si tratta. Confessione e consenso nel merito significano la stessa cosa, a meno che non si voglia dire, che il consenso si riferisce ad una cosa presente, la confessione ad un fatto già da qualche tempo manifestato. Questa manifestazione dicesi nell'articolo 1308 è *stragiudiziale*, o *giudiziale*. Queste due confessioni differiscono l'una dall'altra in quanto alla maniera colla quale sono fatte, hanno però ambedue i medesimi risultati, ed in giudizio ordinariamente producono i medesimi effetti. La confessione stragiudiziale

è quella fatta spontaneamente e fuor di giudizio mediante scritti di mano privata o per una conciliazione volontariamente progettata a norma dell'art. 109 del codice di rito civile: la legge non prende in niuna considerazione quella la quale è fatta fuor di giudizio verbalmente a meno che il fatto, o il valore della cosa pretesa non oltrepassa i ducati cinquanta; difatti se io non sono ammesso provare mediante testimonj di aver dato a prestito a Cajo ducati cento, non devo esser ammesso a provare per via di testimonj ch' egli confessò dovermi tale somma.

La confessione giudiziale è definita dall' articolo 1310 nel modo seguente: *è la dichiarazione che fà in giudizio la parte o il suo speciale procuratore.*

Le forme relative a tale confessione sono rapportate nel tit. 14 del lib. 11 di rito civile art. 148 e segg.

La prova giudiziaria è volontaria o forzata.

La prima si fà da una delle parti la quale non è stata interpellata presentando delle scritture o nella parlata, dalle quali si rileva la controversa verità del fatto. La forzata siegue dagli interrogatorj, che in tutte le materie, ed in qualunque stato della causa, le parti potranno senza ritardare il corso del giudizio e della sentenza, chiedere di farsi interrogare vicendevolmente sopra i fatti e le circostanze relative soltanto alla materia sulla quale cade la controversia (1).

(1) *Artic.* 418. *codic. di proced. civil.*

Digitized by Google

La parte deve presentarsi : nel caso opposto , o presentandosi ricusi di rispondere i fatti si avranno per avverati (1).

Essa fa piena prova contro di colui che l' ha fatta dicesi nella seconda parte dell' articolo 1309 : è questa una regola in tutti i tempi osservata : una regola fondata sul rispetto dovuto alla giustizia , e sulla morale pubblica. Se un debitore chiamato a pagare un debito , confessa dovere la somma che se gli chiede , il creditore che domanda è dissimpegnato dal pruovare il debito , e sul fondamento di questa sola confessione può ottenere contro del suo debitore una sentenza. Nella terza parte dello stesso articolo è detto : *Non può scindersi in di lui pregiudizio.* Se stimasi cosa giusta e regolare che la confessione giudiziaria faccia piena fede contro colui che la fece , è ugualmente giusto e regolare (in tutte le materie civili) che la confessione non possa esser divisa contro quel medesimo. Così Paolo mi chiede docati cento ; non ha veruno titolo contra di me : io dichiaro in giudizio essere vero , che ebbi da Paolo docati cento , ma poi tale somma da me allo stesso venne restituita. Paolo non può avere una prova contro di me del prestito di docati cento senza che essa non formi nello stesso tempo una prova del pagamento. Contro di me non può servirsi della mia

(1) *Artic. 424. codic. di proced. civil.*

confessione che ricevendola tal qual' è, in ogni sua parte.

II. Nella quarta parte è detto: *Non può rivocarsi, quando non si provi che essa fù la conseguenza di un' errore di fatto.* Il consenso è una condizione essenziale per la validità delle controvenzioni: non vi può esser consenso valevole se fù dato per errore. Se dunque un consenso formato dall' errore non è vero consenso, neppure una confessione alla quale diede lo stesso luogo non è una vera confessione.

A quale errore si applicano tali principj? lo stesso articolo dice la confessione non potersi rivocare quando non si provi esser stata fatta per errore di fatto: nella ultima parte dice: *Non può ritrattarsi sotto pretesto di errore di dritto.* È presso che impossibile provocarsi che l' errore di dritto sia stato il motivo principale e determinante della confessione giudiziaria. Questa confessione può avere per oggetto e un fatto o un debito di cui niuna prova esisteva, o era dubbiosa. È cosa evidente che la confessione di un fatto non possa esser ritrattata, che in provandone la falsità, e per conseguenza che la confessione è fondata sopra un errore di fatto, nella realtà del fatto, il dritto non vi può avere alcuna influenza. Altrimenti accade nella confessione del debito fatta dal debitore: questa confessione può aver avuto per motivo un errore di fatto o di dritto.

Così voi mi domandate la somma di docati cento,

Digitized by Google

che si diedero al defunto del quale io sono l' crede; mi esibite il biglietto dello stesso, io questo debito lo riconosco, ed ecco la mia confessione: dopo qualche tempo rinvengo la quietanza che fu fatta al defunto: ecco la mia confessione figlia di un'errore di fatto. *Non fatetur qui errat.* Così io sono erede di Cajo, voi mi reclamate una somma a titolo di legato fattovi nel testamento dallo stesso, io riconosco un tale debito, posteriormente vengo in cognizione di un secondo testamento, che rivocava il primo: ecco un errore di fatto: ma se io pretendessi di rivocare la mia confessione dicendo, che io ignorava esser nullo il testamento sia per l' incapacità del testatore, sia per quella del legatario, sia per un vizio di forma, io non devo esser ascoltato: potrebbe esser di aver io accettato di pagare il legato per un rispetto che volea dimostrare alla memoria del defunto.

SEZIONE V.

Del giuramento.

SOMMARIO.

I. *Cosa è il giuramento: di quante specie: in che differisca il giuramento volontario dal decisorio: su di quali cose si può deferire o riferire il giuramento, ed in quale stato deve esser la causa.*

II. *Se presentata la condizione del giuramento, e questo non prestato, possa rivocarsi. Se prestato possa impugnarsi sotto pretesto di falsità: se avendo giurato il debitore principale, restano sciolti i fidejussori*, o viceversa.

III. *Giuramento deferito* ex officio: *quando possa aver luogo: se possa referirsi alla parte contraria.*

I. Sembra a taluni di aver errato il novello legislatore nell' aver tanto deferito al giuramento, nel momento in cui la irreligione tanto domina. Nella formazione del progetto di questo titolo venne anche una tale considerazione da taluni presentata agli occhi del legislatore, ma la risposta fu la seguente. Il legislatore di un gran popolo non deve perdere di vista le debolezze attaccate alla umanità; ma gl'importa di coordinare le sue istituzioni in guisa, che stabiliscano il rispetto dovuto alla morale, e che la coscienza pubblica sia la regola delle coscienze private. Che il giuramento sia dunque sempre risguardato come un supplemento alle leggi civili. Non era forse la forza che aveva il giuramento fra i primi romani, che tanto fece attaccare questo popolo alle loro leggi? Onde osservare il giuramento (disse Montesquieu) fece ciocchè fatto non avrebbe nè per la gloria, nè per la patria. Roma era una nave che ne' tempi di burrasca si fermava con due ancore, *la religione, ed i costumi.*

Digitized by Google

Il giuramento è definito dall' Eineccio (1): *religiosa adseveratio per invocationem Dei tamquam si jurans sciens fefellerit.*

Il giuramento si divide in *adsertorio*, che riguarda le cose e fatti passati: *promissorio*, che ha per oggetto le cose future. Il giuramento è anche diviso in volontario e necessario.

Il primo è definito dall' Eineccio (2): *quod pars parti defert extra judicium per modum conventionis* (3).

Questo: *quod in judicio pars parti loco probationis defert ex decreto judicis aut praestandum, aut referendum.*

Il cod. non parla del giuramento volontario, ma nell' articolo 1311 parla del necessario, che viene chiamato *giudiziale*, questo è di due specie. 1. *Quello, che una parte deferisce all' altra per farne dipendere la decisione della causa; e chiamasi decisorio.* 2. *Quello che vien deferito dal giudice ex officio, all' una o all' altra parte.* Questo è chiamato giuramento suppletorio.

---

(1) *Pandette lib.* 12 *tit.* 2.

(2) *L. c.*

(3) *L.* 25, *e* 26 *de jures.*

§. I.

Del giuramento decisorio.

Art. 1312. *Il giuramento decisorio può esser deferito sopra qualsivoglia specie di controversia.*

Art. 1313. *Non si può deferire, fuorchè su di un fatto personale alla parte cui viene deferito. . . .*

Art. 1314. *Può deferirsi in qualunque stato si ritrovi la causa, ed ancora quando non esista. . . .*

Art. 1315. *Colui al quale viene deferito. . . .*

Art. 1316. *Il giuramento non può deferirsi, quanto il fatto. . . .*

Art. 1317. *Quando il giuramento deferito o riferito siasi dato. . . .*

Art. 1318. *La parte che ha deferito o riferito il giuramento. . . .*

Se si prenda ad esaminare sì la definizione del giuramento volontario, che quella del necessario ossia giudiziale, si verrà facilmente a giorno contenere in se il giuramento o considerato nel primo o nel secondo aspetto, una transazione. È questa dottrina conosciuta anche dai principianti in giusprudenza romana; chi ignora le disposizioni di tale dritto? *jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet authoritatem quam res judicata* (1) disse Cujacio comentando

(1) *L. 2. de juris.*

Digitized by Google

la citata legge. *Majorem, quia a re judicata appellari potest.* Ora essendo il giuramento una convenzione, si capisce, che debba intervenirvi lo scambievole consenso dell'attore e del reo. Una delle parti può presentare all'altra l'offerta di terminare la lite mediante il giuramento: questa offerta può esser rifiutata e presentarsi a colui, che la proposè. Così l'attore dice in faccia al suo debitore: *giurate che nulla mi dovete.* Può rispondere il debitore e dire: *giurate che io non vi abbia pagato.* Ecco l'offerta: ecco il *referre.* Il reo al quale si è offerta la condizione di terminare la lite mediante il giuramento deve o giurare, e riferire la condizione del giuramento. Ad uno de' due partiti deve attenersi, poichè: *manifestae turpitudinis est, et confessionis, nolle jurare* (1): *datur et alia facultas reo, ut si malit, referat jusjurandum* (2). Siccome il giuramento è *maximum remedium expediendarum litium.* Così nell'articolo 1312 è detto: *Il giuramento decisorio può esser deferito sopra qualsivoglia specie di controversia.* Questa espressione però è assai vaga. Si deve riportare al principio di esser il giuramento una transazione, e per conseguenza deferire si può solamente sulle cose nelle quali vi può esser la transazione, e deferirsi o referirsi da coloro i quali possono transigere. *Locum habet haec*

---

(1) *L.* . . . .

(2) *L.* 34. *de juris.*

relatio tantum in rebus privati arbitrii, et de quibus transigi potest libere, cum revera per hujusmodi delationem transigatur (1) e nella *l. fin. C. de reb. credit.* si dice: *Adeoque de quibus transigi nequit, in iis nec delationi jurisjurandi locus est.* Quì il principio della legge nuova è lo stesso della romana: quindi il minore, l' interdetto non possono deferire la condizione del giuramento non avendo la libera amministrazione delle loro cose: la donna maritata ha bisogno della maritale autorizzazione: deve essere autorizzato l' individuo a cui è stato dato il consulente giudiziario. Se però il maggiore abbia ad un minore deferita la condizione del giuramento, e questo abbia giurato, non lice più al maggiore agire sotto pretesto, che colui al quale esso deferì la condizione del giuramento era incapace, come è detto nell' articolo 1079. Per l' opposta ragione il minore emancipato, la donna separata de' beni, colui a cui si diede il consulente giudiziario sono autorizzati a deferire il giuramento in quelle cose nelle quali non si eccede il loro potere. Le dottrine del gius romano quì stabilite in materia di giuramento, debbano quasi tutte applicarsi a quanto dicesi in questo titolo. Le disposizioni comprese nelle leggi 17. §. 1. 18. e 34. *de jurejurando* nelle quali si dichiarano quali sieno le cause per le quali si può giurare, e quali persone

(1) *L.* 31. *de jurej.*

Digitized by Google

possono giurare sono tutte applicabili alle dottrine del codice civile, ed in questo senso deve esser inteso l' articolo 1312, cioè potersi giurare sulle cose *positis in arbitrio paciscentium*.

La legge è molto indulgente nella materia relativa alla dilazione del giuramento: dopo di aver autorizzata una delle parti a deferire all' altra la condizione del giuramento *in qualunque stato si trovi la causa, ed ancora quando non esista alcun principio di prova della domanda o della eccezione sulla quale il giuramento si domanda*: come è detto nell' articolo 1314 non l' obbliga a giurare, ma rimettere la offerta del giuramento alla parte stessa che fece il progetto del giuramento. *Datur et alia facultas reo, ut si malit referat jusjurandum* (1). Dottrina la quale è sanzionata ben' anche dal nostro codice nell' articolo 1315, ed eccone le parole: *Colui al quale viene deferito il giuramento, qualora rifiuti di darlo, o non consenta di riferirlo al suo avversario; o l' avversario al quale è stato riferito, se ricusi di darlo, dee soccombere nella sua domanda, o nella sua eccezione.* Quando dicesi che il giuramento può deferirsi in qualunque stato sia la causa, deve ciò intendersi ancorchè la causa sia nella revisione in grado di appello. Sebbene nell' appello non si possano formare delle nuove domande, pure si possano usare de' mezzi non adoprati in prima

---

(1) *L.* 34 *de juris.*

istanza per prova della domanda, o della eccezione.

Nell'articolo 1313 dicesi che non si possa deferire il giuramento, fuorchè su di un fatto personale alla parte cui viene deferito. Come di fatto potrei io esser costretto ad asserire la esistenza di un fatto non proprio? ancorchè io fossi l'erede di colui del di cui fatto si vuole conoscere, non potrei esserne astretto. *Heredi ejus cum quo contractum est jusjurandum deferri non potest* disse Paolo (1).

Questo stesso principio diede occasione alla formazione dell'articolo 1316 nel quale dicesi: *Il giuramento non può riferirsi, quando il fatto che ne forma l'oggetto, non sia comune ad ambe le parti, ma sia semplicemente personale a colui al quale si era deferito il giuramento.* La teoria in questi due articoli compresa conferma evidentemente racchiudere in se il giuramento la vera idea di transazione. Quì si vede, che colui al quale è offerta la condizione del giuramento, sarebbe nello stato di giudicare definitivamente del merito della domanda contro di lui promossa, e deciderne a segno, che sebbene la parte, se scelse la delazione del giuramento, venisse a conoscere esser un spergiuro colui che giurò, pure niun' altro rimedio la legge gli accorda a vindicare le sue violate ragioni: è detto nell' articolo 1317. *Quando il giuramento deferito o riferito siasi dato, non*

---

(1) *Sent.* 11. *l.* 4.

si ammette l'avversario a provarne la falsità. Colui, che deferisce o riferisce, rinuncia sotto la condizione del giuramento deferito o riferito al dritto, che pretendea appartenerli : ecco una transazione : quindi giustamente Pothier num 821 dice (cosa di sopra per altro avvertita) che possono deferire la condizione del giuramento solo coloro i quali hanno la libera amministrazione delle loro cose : ora siccome la transazione si ha come una cosa giudicata, e questa come una verità (1), perciò nell' articolo 1318 è detto : *La parte che ha deferito o riferito il giuramento, non può più ritrattarsi, se la parte contraria ha dichiarato di esser pronta a giurare.* La prestazione del giuramento a favore di colui che lo ha prestato, diviene una prova incontrastabile della liberazione dalla obbligazione : *vicem solutionis obtinet, est acceptilationis simile* (2). Colui che deferì il giuramento, e la offerta sia stata accettata, non ha più dritto a ritrattarsi essendo stata accettata la sua proposizione, il contratto è formato, e senza il reciproco consenso delle parti non può rompersi. Di più si farebbe una ingiuria a colui al quale si è deferito il giuramento dicendo non voler più stare al suo detto, dopo di aver affermato di voler a quello stare, se però siasi mostrato pronto a giurare, ma prima di venire all' at-

---

(1) *L.* 1. *quarum rerum act. non detur.*
(2) *L.* 27. *e* 40. *de jurej.*

to della prestazione sia morto, il giuramento si ha come prestato, quante volte non si vedesse esser non accaduta la prestazione pel suo colpevole ritardo. Accadendo poi la morte di colui che avea presentata l'offerta del giuramento, primachè l'avversario avesse accettata la condizione del giuramento, sono i suoi eredi autorizzati a retrattare la delazione nella stessa maniera, che avrebbe potuto fare il defunto. Si sà, che gli eredi succedono in tutti i dritti del defunto.

Nell'articolo 1317 è detto: *quando il giuramento deferito o riferito siasi dato, non si ammette l'avversario a provarne la falsità. Dato jurejurando, non aliud quaeritur quam an juratum sit: remissa quaestione an debeatur* (1) ancorchè si volesse agire volendosi provare lo spergiuro, pure tale domanda non deve esser ammessa. *Caussa jurejurando, ex consensu utriusque partis, vel adversario referente delato et praestito vel remisso, decisa, nec perjurii praetextu retractari potest* (2). Ma per quale ragione un tale stabilimento che sembra autorizzare e promuovere lo spergiuro? Lo disse l'Imperatore Alessandro: *jurisjurandi contempta religio, satis Deum habet ultorem* (3).

Fra di tanto però nel codice penale è detto: che colui il quale ha deferito o riferito in materia civile

(1) *L.* 5 *de jurej.*

(2) *L.* 1 *c. de reb. credit.*

(3) *L.* 2 *c. de reb. cred.*

Digitized by Google

un giuramento, che è falso sia punito della degradazione civica, che consiste nella esclusione del condannato dai civili impieghi. Con ciò il nostro Codice non ha voluto vindicare il torto fatto a Dio, ma lo spergiurio siccome è un debito, che offende la Città, violando le leggi della sana morale, perciò è fissata la ridetta pena, la quale però non può domandarsi da colui al quale il giuramento arreca un danno: se mai costui volesse introdurre un tale giudizio, sarebbe rimosso dal giudizio colla eccezione derivante dall'articolo 1317 col quale è proibito *ammettersi l'avversario a provarne la falsità.* Può però il pubblico ministero vindicare un tale delitto. In questo modo si conciliano le disposizioni del codice penale e civile che sembrano contradittorie fra di loro.

Art. 1319. *Il giuramento prestato non fà prova . . . .*

Ciò nondimeno . . . . .

Il giuramento deferito al debitore principale libera egualmente i fidejussori . . . . .

In questi due ultimi casi . . . .

È principio incontrastabile che gli effetti del giuramento decisorio derivano dalla transazione ossia convenzione delle parti collitiganti, seguita dall'accettazione: ne siegue dunque che secondo il disposto dell' articolo 1088 *hanno forza di legge per coloro, che lo hanno fatte*, loro eredi, o aventi causa. Disse il giureconsulto . . . *jusjurandum alteri nec nocet nec*

prodest (1). *Il giuramento prestato non fà prova fuorchè a vantaggio o contra di colui che lo ha deferito, ed a vantaggio o contra de' suoi eredi o di coloro che hanno causa da lui* dicesi nella prima parte dell' articolo 1319. Così se uno degli eredi di Cajo mi domanda la porzione del debito, che io dovea a Cajo, ed io giuro di nulla dovere; da ciò non deriva, che gli altri coeredi non possano convenirmi per le loro rate, nè che gli altri condebitori possano essere convenuti: *jusjurandum alteri neque nocet neque prodest.* Sebbene questo principio della legge sia vero, pure nella seconda parte dell' articolo stesso è detto: *Ciò nondimeno il giuramento deferito ad uno de' debitori solidali non lo libera, se non per la porzione dovuta a questo creditore.*

Il giuramento deferito al debitore principale libera egualmente i fedejussori: quello che si è deferito ad uno de' debitori solidali, giova a' condebitori, quello deferito al fidejussore giova al debitore principale.

La ragione di tale eccezione è figlia di quanto si è detto di sopra *jusjurandum loco solutionis est* (2).

Nell' ultima parte però l' articolo ci previene, *che in questi due ultimi casi il giuramento del debitore solidale, o del fidejussore, non giova agli altri condebitori o al debitore principale, se non quando sia*

---

(1) *L.* 3. §. 3. *de jusjur.*
(2) *L.* 27. *de jurej.*

Digitized by Google

stato deferito sul debito, *e non sul fatto della obbligazione solidale o della fidejussione*. A tale proposito si disse nella legge 28 §. 1 *de jurejur. Si modo ideo interpositum jusjurandum*, *ut de ipso contractu et de re*, *non de persona jurantis ageretur*. Difatto se il fidejussore ha giurato solamente di non aver esso prestata la cauzione, il debitore principale niun vantaggio potrà ricavarne. Se il debitore solidale ha giurato di non aver egli contratta l'obbligazione, i suoi condebitori neppure potranno ricavarne alcuno utile. Secondo tali principj sembra dovere seguire che il giuramento deferito ad un debitore solidario, dovrebbe liberare gli altri debitori solidali, ma siccome nell' articolo 1150 è detto *che il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore*, *ancorchè l' utile della obbligazione si possa dividere e ripartire tra i diversi creditori*, e nell' artic. 1151 si dice che *la remissione del debito fatto da uno de' creditori solidali non libera il debitore*, *se non per la porzione di tale creditore*, perciò non avendo la nuova legislazione adottato il principio della legge 2 *de duobus reis stipul.* nella quale è detto, che liberato un debitore solidale tutti gli altri sono sciolti dalla obbligazione, perciò nell' articolo 1319 è stabilito, che deferito il giuramento ad uno de' debitori solidali o del fidejussore non giova agli altri condebitori o al debitore principale, se non quando sia stato deferito sul debito e non sul fatto della obbligazione

solidale o della fidejussione. La relazione del giuramento decisorio è una vera remissione condizionale così: io ho per ricevuto ciocchè mi dovete, se voi giurate, vi è una accettilazione.

Si avverta in ultimo che la disposizione contenuta nell' articolo 1310 cioè che la confessione giudiziaria non possa scindersi, è applicabile al giuramento: venne tal regola sanzionata dalla corte di cassazione di Parigi rapportata da Merlin (1).

§. II.

Del giuramento deferito ex officio.

Art. 1320. *Il giudice può diferire il giuramento ad una delle parti, o per farne dipendere la decisione della causa, o soltanto nel determinare il valore della condanna.*

Il giuramento deferito d'officio del giudice, detto da altri, giuramento necessario o giudiziale è di due specie (2). Il primo chiamato *ordinariamente* giuramento suppletorio o purgatorio, l'altro giuramento *in litem*.

---

(1) *Repert. univers. mot. testamen. Sect.* 4. §. 3.

(2) *L'Eineccio nelle pandette dimostra la differenza tra il giuramento giudiziale e necessario nel titolo* de jurejurando.

Digitized by Google

Qui sebbene parla l'articolo sì dell' uno, che dell'altro giuramento; pure per serbare un metodo chiaro si esporrà la natura del suppletorio, indi del così detto giuramento *in litem* cioè sul prezzo e valore della *cosa controversa*.

Dicesi giuramento suppletorio dal che viene deferito per supplire la mancanza delle prove. Grande è il divario fra il giuramento decisorio e suppletorio. Il primo tostochè è deferito ed accettato dalle parti contiene una transazione, ed ha forza al dire di Paolo di transazione. *Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata* (1). Il suppletorio niente ha di comune colla transazione: non è questo il fatto delle parti: è il fatto del giudice che senza la saputa anzi in contradizione delle persone litiganti, può deferirlo. Conviene col decisorio solamente in ciò che tanto questo che quello rimette ad una delle parti la decisione della causa: *Iniquum est aliquem suae rei judicem fieri* (2), e sebbene Pothier (3) avesse declamato contro di un tale giuramento, ed avesse detto, che nel corso di anni quaranta e più avesse veduto che solo 12 volte sia stata la parte al giuramento; non ostante che Lamoignon avesse asserito di non aver mai vedu-

(1) *L.* 2. *de juris.*
(2) *L.* 17. *de judic.*
(3) *Num.* 831.

to, che un litigante per mezzo della sua bocca avesse perduta la causa; pure il codice lasciò in piedi un tale giuramento, non avendo ammessa la prova testimoniale nelle somme maggiori di ducati cinquanta. Si temè la mala fede de' testimonj, e si volle che la parte stessa decidesse. Con quanta irragionevolezza siasi ammessa la prova derivante da tale giuramento è chiaro; quindi conchiude nel num. 400, che sia restato in piedi per effetto di una abitudine e di un pregiudizio il quale cominciò dalla interpetrazione delle leggi 31. *de jurejur.* e la 3. *cod. de reb. credit.* In quella dicesi: *Solent judices in dubiis caussis exacto jurejurando secundum eum judicare qui juraverit*, ed in questa. *In bonae fidei contractibus, nec non in caeteris caussis, inopia probationum, per judicem jurejurando, causa cognita, rem decidi oportere.* Nella legge romana avevano stabilito gl' imperadori Diocleziano e Massimiano (1): *Negantes debitores, non oportet armata vi terreri, sed petitore quidem non implente suam intentionem; vel exceptione submota, absolvi oportet.* Di fatto, imputi a se l' attore di essersi presentato in giudizio non avendo de' mezzi a provare il suo assunto. Ciò posto il giudice stretto dalla necessità, dovrà ricorrere ad un tale mezzo, in caso opposto darà esso occasione allo spergiuro (2).

---

(1) *L. 9. C. de oblig. et nec.*

(2) *L'Eineccio dimostrò la debolezza dell' argomen-*

Digitized by Google

Nell'articolo 1321 e detto: *il giudice non può deferire* ex officio *il giuramento sia sulla domanda dell' attore, sia sulla eccezione opposta, se non colle seguenti condizioni.*

1. *Che la domanda o l' eccezione non sia pienamente provata.*

2. *Che le medesime non sieno mancanti totalmente di pruova.*

In questo articolo si parla del caso in cui si può verificare l'offerta del giuramento suppletorio, e del purgatorio. Qui primieramente è da sapersi esser nella libertà del giudice deferire o all' attore o al reo il giuramento: è vero che la causa del reo è sempre da riputarsi più favorevole, pure in questa materia è detto da Gregorio IX. deferirsi al reo: *nisi judex, inspectis personarum et caussae circumstantiis, illud actori videat deferendum.* Si deve riguardare la moralità, non già il rango delle persone. A chi non è noto l' accaduto di Scipione Africano al proposito di un Sacerdote di Giove? Si veda Toullier *tom.* 8. *num.* 39. *nota* 2. *p.* 83. Quando la domanda non è pienamente giustificata, dicea il codice abolito (non è provata dicesi nel nostro codice) in questo caso è

---

to suppletorio. Dissertazione de lubricitate jurisprud. suppl. §. 57. *Lo stesso si vede insegnato da Brunemanno nella L.* 31. de jurejur. Boemoro *in tit. X. de probat.* Mascardo *de probation. Consil.* 957.

autorizzato il giudice a deferire all' attore il giuramento. Quando la prova della domanda è completa, il giuramento che ne è una prova, diverrebbe inutile. Se dunque la domanda dell'attore poggia su di un titolo autentico, o di una scrittura privata dalla parte non contestata, non deve devenirsi dal giudice ad ordinarsi la prestazione del giuramento. L' assertiva dell'attore darà luogo al caso della prestazione quando vi siano delle prove, ma queste siano insufficienti a non poter determinare l'animo del giudice; che se poi la domanda sia assolutamente spogliata di appoggio, cioè come spiega Toullier, non vi sia neppure un principio di prova in scritto. Per quanto sia grande la probità dell' attore, non sarà autorizzato il giudice a deferire il giuramento. L'attore dovrà esser ributtato meno che non vi siano presunzioni gravi e della natura di quelle che sono gravi, precise e concordanti delle quali si è parlato nella Sezione III. delle presunzioni.

Sarà nello stato il giudice di deferire il giuramento purgatorio, se la eccezione non sia pienamente giustificata. Si darà luogo al giuramento, ma se sia pienamente provata, come se il reo chiamato in giudizio esibisce una quietanza che non ammetta alcuno dubbio, non si potrà venire al giuramento purgatorio. Se però non sia spogliata l' eccezione assolutamente di una qualche prova, come sarebbe una confessione stragiudiziale, la deposizione di un solo te-

Digitized by Google

stimonio, in questi ed altri consimili casi, si darà luogo al purgatorio giuramento. Negò Pothier (1) al giudice, l'autorità di diferire il giuramento in seguito della deposizione di un solo testimonio: Toullier opina l'opposto, dicendo non esser presso della nuova legislazione ammessa tal massima, cioè che due testimonj facciano piena fede, un solo testimonio di unita alle presunzioni forma una prova bastevole a determinare l'animo del giudice (2).

Conchiude l'articolo nella sua ultima parte: *Fuori di questi due casi, il giudice dee ammettere o rigettare pienamente e semplicemente la domanda.*

È al giudice proibito di pronunciare *sub conditione* anche nel giuramento suppletorio. Con una sentenza interlocutoria ordinerà la prestazione del giuramento prima di far dritto alla domanda o alla eccezione. Scrisse il giureconsulto Ulpiano (3): *Non est sub conditione sententia dicenda*, ed ecco perchè nell'articolo è detto *dee ammettere o rigettare puramente e semplicemente la domanda.*

Art. 1322. *Il giuramento deferito dal giudice* ex officio *ad una delle parti non può da questa referirsi all' altra parte.*

Si è detto di sopra che non la condizione de' li-

---

(1) *Num.* 833.

(2) *Tom. IX. num.* 317. più *tom. X. num.* 416.

(3) *L.* 1. §. 5. *quand. appell.*

tiganti, ma la loro moralità deve prendersi in considerazione dal giudice, quindi giustamente è detto non potersi riferire la condizione del giuramento. Colui al quale dal giudice è deferito deve, *vel jurare vel solvere*. Che anzi neppure il giudice è autorizzato a cambiar sentimento. Si ricordi di nuovo: il giuramento suppletorio non deriva dalla convenzione delle parti, ma *ex officio* viene deferito dal magistrato. Solo è da avvertirsi, che dalla delazione di tale giuramento la parte che si crederà lesa, potrà appellarne quantevolte non sia stato il giudice di ultima istanza colui, che lo ha deferito. Più, prestato il giuramento decisorio *non conceditur eamdem caussam retractare*: può di nuovo esaminare la causa definita col giuramento suppletorio, se mai nuovi documenti si rinvenissero.

Art. 1323. *Il giudice non può deferire all' attore il giuramento sul valore della cosa domandata, se non . . . .*

Dee pure in tal caso determinare. . . .

Il giuramento chiamato *juramentum in litem*, è quello che il giudice deferisce ad una delle parti onde fissare e determinare le quantità della condanna ch' egli deve pronunciare a suo profitto (1). Così una parte reclama il valore di quegli effetti di una succes-

---

(1) Nuodt *nelle pandette in questo titolo dice* jurare in litem, *esser lo stesso, che giurare* in pretium rei controversae.

sione che furono sottratti : è provato che vi fù sottrazione : ma è impossibile di stabilire qual mai è il valore degli effetti nascosti : una somma di denaro fu involata ; l' ammontare di questa somma non può in veruno modo essere determinato : Il giudice può secondo le circostanze deferire il giuramento all' attore per saperne l' ammontare, ma non può ciò capricciosamente fare, *ma nel solo caso*, *che sia impossibile di comprovarlo altrimenti*, quindi se lo stesso possa verificare per via di testimonj o periti non deve ricorrere al giuramento della parte interessata. È cosa iniqua rimettere all' arbitrio della parte interessata la sua propria causa. Presso de' romani poteva l' attore giurare fissando non solo il prezzo della verità, ma quello dell' affezione. *Non ab judice doli exstimatio ex eo quod interest*, *sit*, *sed ex eo quod in litem juratur* : rispose Ulpiano (1) : *jurare in infinitum licet*, si disse nella *l. 4 de in litem jurando* : si è creduto contenere questa disposizione una ingiustizia ; quindi nell' articolo 1323 nella sua 2. parte fu detto : *Dee pure in tale caso determinare*, *sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestare fede all' attore sopra il suo giuramento.*

(1) *L. 64. de judic.*

TITOLO IV.

Delle obbligazioni che si contraggono senza convenzione.

Art. 1324. *Talune obbligazioni si contraggono senza che v' intervenga alcuna convenzione nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di colui verso il quale egli si è obbligato . . . .*

Le une risultano dalla sola autorità della legge: le altre derivano da un fatto personale a colui che resta obbligato.

Le prime sono le obbligazioni che si formano involontariamente, come quelle tra' proprietarj, o quelle de' tutori o degli altri amministratori, i quali non possono ricusare le funzioni che loro vengono conferite.

Le obbligazioni che nascono da un fatto personale a colui che resta obbligato, risultano o da quasi-contratti, o da quasi delitli.

Il legislatore ha voluto quì far conoscere quanto sia forte il dritto che si vanta dal proprietario sulla propria sua cosa. Niuno senza il fatto suo proprio, o la disposizione della legge potrà esser dispossessato dalla sua cosa. Difatti nell' articolo 470 si piantò la massima legale: che nessuno potrà esser costretto a ven-

dere una sua proprietà se non per utilità pubblica. Allorchè in forza di una convenzione si è pattuito di dare la propria cosa; tostochè, la convenzione sarà perfezionata, si è detto nell' articolo 1092 una tale obbligazione costituisce proprietario il creditore, essendo nota la teoria della novella legislazione spiegata nell' articolo 632 che l' obbligazione sia un modo di acquistare la proprietà: lo stesso però non accade quando la obbligazione nasce non dalla convenzione, ma dalla semplice disposizione della legge: le obbligazioni le quali si formano senza convenzione, non producono che un' azione personale contro colui, che si trova obbligato. Ora simili obbligazioni derivano da due fonti: ecco le parole dell' articolo 1324: talune obbligazioni si contraggono senza che v' intervenga alcuna convenzione nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di colui verso del quale egli si è obbligato. Le obbligazioni nelle quali niun fatto dell' uomo vi interviene, e per sola forza e disposizione della legge si resta obbligato sono molte, ma il Codice nella parte terza dell' articolo dice, esser quelle *che involontariamente si formano, come quelle tra proprietarj vicini, o quelle de' tutori, o degli altri amministratori, i quali non possono ricusare le funzioni che loro vengono conferite.* Si deve quì osservare, che se per poco alle obbligazioni vi concorre la volontà dell' obbligato, non sarà quella qualificata qual obbligazione nata dalla legge, ma

dal fatto proprio. Così le obbligazioni alle quali vanno soggetti i tutori, e coloro, che sono amministratori senza aver l'autorità di potersi scusare, come accade a colui, ch'è nominato tutore per i nipoti, de' quali si parla nell' articolo 1011 cioè per le sostituzioni fatte a favore de' nipoti del donante o testatore. Non così accade nell' amministratore che si dà nella qualità di esecutore testamentario. Se questo resta obbligato; ciò accade pel fatto suo proprio, mentre poteva all' incarico datogli rinunciare come apparisce dall' articolo 988.

Le obbligazioni, che ha il proprietario in forza dell'articolo 573, e le disposizioni che si accordano sul muro comune, fosse comuni sono tutte obbligazioni, che nascono *senza che v' intervenga alcuna convenzione nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di colui verso del quale egli è obbligato.* Nè queste obbligazioni solamente vestono la natura suddetta; quì non si parla *tassativamente*, ma *indicativamente*: così il pagamento della fondiaria ec. entrano nel numero delle obbligazioni che nascono dalla sola disposizione della legge.

Quando poi l'obbligazione nasce non dalla espressa convenzione, ma dal solo fatto di una persona, si dice esser nata l' obbligazione dal quasi contratto. Si fà al proposito la seguente distinzione: ogni obbligazione nasce o dalla legge, o dal fatto.

Le obbligazioni che nascono da un fatto personale

Digitized by Google

di colui che resta obbligato, risultano o da quasi contratti, o da delitti, o quasi delitti.

CAPITOLO I.

De' quasi-contratti.

SOMMARIO.

I. *Cosa è il quasi-contratto: da quali fonti deriva: se la dottrina dell' Einnecio si debbe adottare: quali sono secondo la legge nuova i quasi-contratti: della gestione degli altrui affari: differenze tra il dritto nuovo e vecchio: obbligazioni del gestore: quali quelle di colui i cui affari sono stati amministrati.*

II. *Cosa s' intenda per ripetizione di ciocchè si è pagato indebitamente: fondamento di tale quasi-contratto: se possa aver luogo essendosi pagato sia per errore di fatto o di dritto. Caso unico nel quale è negata tale azione.*

Art. 1325. *I quasi-contratti sono . . . .*

I. Einneccio nelle sue civili istituzioni §. 965 dice esser i quasi-contratti: *facta honesta quibus et ignorantes obligamur ex consensu ob aequitatem praesumpto vel ficto.* Il citato autore fa nascere tutta la teo-

ria di simili obbligazioni da' seguenti dati. Ogni obbligazione (in fuori di quella che deriva immediatamente dalla legge) deve esser figlia del consenso di colui che si obbliga: questo consenso o è vero o finto. Il consenso vero, o è espresso o tacito: il consenso finto è quello presunto dalla legge.

Quando v' interviene il consenso espresso o tacito, nasce l' obbligazione del contratto: quando il consenso si presume dalla legge, produce il quasi-contratto. Il fondamento della presunzione è quello. 1.° Niuno deve arricchirsi col danno altrui. 2.° Chi vuole l' antecedente, vuole anche il conseguente. 3.° Ognuno approva ciocchè tende al suo proprio vantaggio. Quì alza la voce Toullier. Ma perchè questa finzione o questa presunzione inutile alla legge? che forse la legge non ha forza di comandare? Il legislatore comanda ciocchè è giusto: essa non finge. In vece di dire io fingo che Tizio abbia consentito a restituire quella somma, che indebitamente si esigè, dice io comando la restituzione di tale somma. Il Codice ha ributtata una tale presunzione o finzione avendo considerato ragionevolmente di far derivare l' obbligazione direttamente dalla legge, che però la fa derivare dalla occasione di un fatto personale dello stesso uomo, ed in vece di adottare la definizione dettata dall' Eineccio, nell' articolo 1325 ne ha data la seguente. *I quasi-contratti sono i fatti puramente volontarj dell' uomo, da' quali risulta una*

Digitized by Google

obbligazione qualunque verso un terzo , e talvolta una obbligazione reciproca delle due parti. Per quanto sia vera la dottrina del nostro Codice , pure dal non avere precisato quali siano tali fatti volontarj dell'uomo da quali derivano simili obbligazioni , che nascono anche da delitti e quasi delitti si conosce esser difettosa la definizione. Il Sig. Toullier dopo tali osservazioni vuole far derivare le obbligazioni provenienti da' quasi-contratti , cioè dalle obbligazioni , che la legge fà derivare per occasione del fatto volontario dell' uomo , dal dritto della proprietà , ed estende il principio anche alle obbligazioni che nascono da' delitti , e quasi delitti. Tutta la dottrina di Toullier è basata nell'assioma dalla *L.* 11. *de Reg. jur.* nella quale Pomponio così si esprime: *Id , quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.* Quindi conchiude, se la nostra proprietà è nelle altrui mani , abbiamo dritto a riaverla. Vuole poi fissare dei canoni al proposito , ma ciò appartiene al legislatore, ed è chiaro, che il giuramento deve interpetrare la legge , non formare una nuova teoria legale.

Art. 1326. *Quegli che volontariamente si fà gestare . . . .*

Art. 1327. *È tenuto a continuare l' amministrazione , ancorchè il proprietario . . . .*

Art. 1328. *È tenuto ad usare nell' amministrazione . . . .*

Nondimeno . . . .

Nel principio dell' articolo 1326 si dice: *quegli il quale si fà volontariamente gestore di un negozio altrui.* Si è cercato con molta diligenza qual mai sia stata la ragione per la quale nell' articolo si parla di colui, che *volontariamente si fà gestore . . . . contrae una obbligazione.* Bisogna ricordarsi quello che si è detto di sopra, cioè che talune obbligazioni si contraggono mediante la sola forza della legge delle quali si è parlato nell' articolo 1324, ora per non far nascere una confusione, e per non far credere, che la obbligazione del gestore nasca in forza della legge, come si verifica in quella del tutore, ed amministratore ai quali non è permesso ammettere le scuse, perciò si è detto *volontariamente*, mentre senza volontà del gestore l' obbligazione non sarebbe nata. La parola *volontariamente* si è aggiunta per distinguere le obbligazioni de' tutori ed amministratori da quelle del gestore.

Il gestore degli altrui affari è colui *il quale amministra gli affari altrui senza saputa del padrone* sponte et gratis. Questa è la definizione della legge romana. Secondo i principj però della medesima, siccome si ammetteva il mandato espresso o tacito, colui che aveva amministrato gli alieni affari da principio senza saputa del padrone, ma in seguito questo ne veniva a giorno, dal giorno della conoscenza, cessava il carattere di gestore, e cominciava quello di mandatario, cioè col fatto riconosceva l'am-

Digitized by Google

ministratore, come suo procuratore. *Semper qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur* (1) ma siccome la novella legge non riconosce il mandato tacito per esser disposto nell' articolo 1857 doversi fare il mandato o con atto autentico o per scrittura privata, ed è escluso il tacito consenso, che è ammesso per dritto romano, perciò sebbene il padrone i di cui beni sono stati amministrati sia venuto in cognizione dell' amministrazione, pure l' amministratore sarà considerato qual gestore e non mandatario. Per questa ragione nell' articolo 1326 è detto: *tanto se il proprietario ne sia conosciuto, quanto se 'lo ignori, contrae una obbligazione tacita di continuare l' amministrazione, che ha cominciata, e di condurla al termine, sino a che il proprietario sia nello stato di provvedervi egli stesso; debbe egualmente incaricarsi di tutte le conseguenze del medesimo negozio.*

Nell' articolo 1325 si dichiara, che alcune volte dai quasi-contratti si acquista contro di uno solo l'azione, come sarebbe nel pagamento fatto ad un supposto creditore, ed altre volte si contrae *una obbligazione reciproca delle due parti*, perciò nello stesso articolo 1326 nella fine dicesi.

Egli si sottopone a tutte le obbligazioni che risultarebbero da un espresso mandato avuto dal proprietario. Ora siccome dal mandato ne nascono due azio-

---

(1) *L.* 60. *de reg. jur. l.* 6. 8. 2. *mandati.*

ni una diretta, e l'altra contraria, così nella gestione degli altrui affari, il gestore resta obbligato a quanto si dice nell'articolo 1326: più a quanto è prescritto negli articoli 1327, 1328, cioè: *è tenuto a continuare nell' amministrazione, ancorchè il proprietario muoja prima che il negozio sia terminato, e fino a che l' erede abbia potuto intraprendere la direzione. È tenuto ad usare nell' amministrazione dell' affare tutte le cure di un buon padre di famiglia.*

Il Codice nell' articolo 1326 sottopone il gestore *a tutte quelle obbligazioni che risultarebbero da un espresso mandato*: dalle ridette espressioni si potrebbe conchiudere che le obbligazioni del mandatario, e quelle del gestore siano le medesime, ma la cosa però non è così: vi sono delle obbligazioni le quali sono comuni sì al gestore, che al mandatario, ma ve ne sono delle particolari, che non sono comuni. Uno esatto dettaglio si può ricavare dalle teorie comprese tanto in questo Cap. quanto dal tit. del mandato. Variano le obbligazioni sì del mandatario, che del gestore secondo la diversa specie di mandato, e diversa natura degl' incarichi ricevuti, ed anche secondo la diversa natura delle cose amministrate. Così il mandatario generale deve disbrigare tutti gli affari del mandante: colui che ebbe un mandato particolare è tenuto solamente a quei affari de' quali ne forma l' oggetto il mandato. Il gestore *sive plura*, *sive*

Digitized by Google

unum negotium può amministrare. Tutto dipende dalla sua volontà che si dichiarò o per tutti gli affari, o per determinati negozj. Si può pretendere, che un mandatario generale, quando versò le sue cure sopra di tutti gli affari, ed avendo questi incominciati, debba ultimarli. Il gestore, se gli avrà cominciati dovrà ultimarli, ma non è obbligato prender la generale amministrazione di tutti gli affari: se però l' abbia presa, in questo caso sarà tenuto al compimento de' medesimi. Dicea la legge romana: *nova incohare necesse mihi non est: vetera explicare ac conservare, est necessarium est* (1). È tenuto dicesi nell'art. 1327 *a continuare l'amministrazione, ancorchè il proprietario muoja prima che il negozio sia terminato, o fino a che l'erede abbia potuto intraprendere l' amministrazione.* Da questo articolo si rileva, che il gestore, che non vuole continuare l' amministrazione dopo la morte di colui, gli affari del quale amministrava, deve dichiarare all' erede, acciò quello venghi a prenderne l' amministrazione.

L' articolo 1328 ha detto. *È tenuto ad usare nell'amministrazione dell'affare tutte le cure di un buon padre di famiglia.* La legge romana piantava un principio: *Culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti* (2) dal quale poi scaturivano le rigorose con-

(1) *L.* 2. *C. de reg. jud. neg. gest.*
(2) *L.* 56. *de R. J.*

seguenze sulla responsabilità del gerente. *Ad exactissimam diligentiam compellitur reddere rationem*. In conseguenza era tenuto secondo i principj della ridetta legislazione non solo al dolo, e colpa lata e leve, ma anche alla levissima, nè al gestore giova aver adoprato quella diligenza solita di adoprare nelle sue cose, se un altro si presentasse, che con più diligenza potesse amministrare gli affari dell' assente o ignorante. *Nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem rebus suis adhibere solet, si modo alius diligentior, eo commodius administraturus esset negotia* (1). Non è però tenuto al caso fortuito: *negotium gerentes alienum, casum fortuitum praestare non compellitur* (2). Potrebbe però essere anche tenuto alla prestazione di questo, se mai avesse intrapresa una speculazione della quale niuno uso mai se ne fece dall'assente, o ignorante: dicesi nella *L.* 11. *de neg. gest. Si negotia absentis et ignorantis geras et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus, interdum etiam casum praestare debet: veluti si novum negotium quod non sit solitus facere absens tu nomine ejus geras, veluti venales novitios coemendo etc.* La Legge romana si fissò sul detto di Pomponio: *Culpa est se immiscere rei non pertinent*: ora sebbene il codice non fissa le sue os-

(1) §. 1. *in fin. Just. de oblig. quae ex quas. contract.*

(2) *L.* 22. *C. de neg. gest.*

Digitized by Google

servazioni sul detto di Pomponio, ma sul disposto dalla equità naturale sanzionato dalla legge civile: *ciascuno è tenuto, non solo pel danno che cagiona col proprio fatto, ma ancora per sua negligenza o per sua imprudenza*, pure al dire di Toullier, i principj del codice civile sono uniformi alle leggi romane

Di fatto nell' articolo 1328 dopo di essersi disposto che il gestore *è tenuto ad usare nell' amministrazione dell' affare tutte le cure di uno buono padre di famiglia, non differisce dal mandatario al quale a norma dell' articolo 1864 è tenuto non solamente per lo dolo, ma anche per le colpe commesse nella esecuzione del mandato*. Soggiunge nella seconda parte: *Nondimeno le circostanze che lo hanno indotto ad incaricarsi dell' affare, possono autorizzare il giudice a moderare i danni e gl' interessi derivanti da colpa o da negligenza nell' amministrazione*. Da questa ultima parte siamo istruiti, che ogni colpa si deve prestare dal gestore, ma se poi *affectione coactus ne bona mea destrahantur, negotiis te meis obtuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare* (1).

Art. 1329. *Il proprietario il cui affare è stato bene amministrato. . . .*

Fin quì il Codice ha parlato delle obbligazioni che nascono dalla gestione per parte del gestore, nell' articolo 1329 si parla del dovere che ha con-

---

(1) *L.* 3. *de neg. gest.*

tratto senza il suo fatto il proprietario i di cui affari sono stati amministrati. Eccone le parole: *Il proprietario il cui affare è stato ben amministrato, dee adempire le obbligazioni che il gestore ha contratto in suo nome; dee farlo indenne da quelle che ha personalmente assunte, e rimborsarlo di tutte le spese utili o necessarie che ha fatte.*

Non sarà ammesso il gestore ad istituire alcuna azione contro del proprietario, se prima non avrà reso i conti della gestione. Questo conto deve esser reso nel modo ordinario che si pratica in tutte le amministrazioni. La prima cosa, che deve provare il gestore si è quella di fare vedere, che le spese sono state erogate nella idea di esser vantaggiose pe'l proprietario: che se poi le spese siano state erogate, ma sieno di quelle che il padrone non volle mai erogare, perchè conobbe che di niuno utile potevano essergli, in questo caso il gestore non avrà azione a ripeterle: formano queste pel proprietario un carico, non già un utile: *Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquit, vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit (Proculus) dominum secundum Labeonis sententiam* (1). Da questa dottrina non si deve ricavare, che ogni negozio non riuscito di utile al proprietario, perda perciò il gestore l'azione a ripetere lo speso, si deve badare all'animo

(1) *L.* 10. §. 1. *de neg. gest.*

Digitized by Google

di colui che spese, non all'effetto. Rispose Ulpiano nella citata legge: *Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium, quod gessit actione iste utetur; sed sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium* (1). La ragione per la quale il proprietario è tenuto alle spese fatte dal gestore perchè erogate colla idea di vantaggiare: sebbene poi niuno utile ne sia al proprietario derivato la ragione si è che avendo fatto le spese sudette, immediatamente era nata un' obbligazione nella persona del proprietario di pagarle, come se fosse stata una espressa convenzione tra il gestore ed il proprietario: questa stessa obbligazione sebbene non espressamente convenuta o dalla legge imposta: ora nel caso proposto quì non si parla della prestazione di una cosa certa, che non essendo più esistente si potesse dire: *debitores certae speciei per rei interitum liberantur*, ma si parla del denaro speso, e si sà, che *quantitas et genus numquam pereunt*. Questa dottrina vale anche se il pupillo fosse il proprietario: *Sufficit tutori bene et diligenter gessisse, et si eventum adversum habuit quod gestum est* (2).

Il gestore dopo di aver reso il conto non solo domanda le spese erogate o che siano utili o necessarie, ma dee il proprietario *adempire le obbliga-*

(1) *L.* 10. *de neg. gest.*

(2) *L.* 2. *de contrar. tut. act.*

zioni che il gestore ha contratte in suo nome (1).

Può alcune volte verificarsi, che sebbene le spese riescano utili al proprietario, ciò non ostante non si devono rimborsare, può ciò accadere quante volte il proprietario siasi dichiarato non volere la erogazione di tali spese, e sebbene si dica, che *expensas utiles atque necessarias etiam praedo servat*; pure però *praedo de se quaeri debet, qui sciens in rem alienam impendit* e sebbene nella *l.* 53. *de heredit. petit.* si dica: *benignius est in hujus quoque persona haberi quoque rationem impensarum*, pure Giustiniano in una delle sue cinquanta decisioni rapportata nel suo codice (2) opinò per l' opposto sentimento *nullam esse adversus eum vel directam vel utilem contrariam actionem.* Si veda Emmondo Merillio sulle cinquanta decisioni di Giustiniano Cap. 33. Risentirà il gestore un danno: si arricchirà col danno suo il proprietario: ma deve aversi innanzi agli occhi la regola 203 del dritto: *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.*

---

(1) Toullier *esamina nel num.* 39 *una bella questione se il minore, e la donna maritata prendendo l' amministrazione de' beni di un proprietario assente possano esser convenuti a norma di quanto è disposto nell' articolo* 1328. *La soluzione è contro della donna e del minore.*

(2) *L.* 24. *C. de neg. gest.*

Digitized by Google

Art. 1330. *Chi o per errore o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto, si obbliga a restituirlo a colui dal quale lo ha indebitamente ricevuto.*

Art. 1331. *Quando uno che per errore si credeva debitore, ha pagato un debito, ha il dritto alla ripetizione contro il creditore.*

Nondimeno un tal dritto. . . . .

Nell' articolo 1188 si piantò il principio: *che ogni pagamento suppone un debito. Ciocchè fu pagato senza esser dovuto, è soggetto a restituzione.* In seguito di tale massima, che poggia sulla naturale equità di non doversi alcuno arricchire col danno altrui, è nata la conseguenza compresa nell' articolo 1330, cioè che colui, che pagò ha dritto alla ripetizione, ne siegue che colui il quale ha ricevuto ciocchè non aveva dritto a conseguire, potrà esser astretto alla restituzione. Conseguenza la quale ha luogo o che abbia ricevuta la cosa nella idea di doverla ricevere, o che la riceve *scientemente*. Sia nel primo, che nel secondo caso sempre si verifica arricchirsi col danno altrui, cosa la quale è proibita. In appresso poi si dirà a che sarà tenuto colui, che *sciens et prudens* ha ricevuto una cosa che sapeva non doversegli. Si deve avvertire solo, che due circostanze si devono verificare non potersi astringere il creditore alla restituzione.

1. Che la cosa pagata, non era allo stesso tenuto:

2. Che siasi fatto il pagamento per errore: se la cosa

era dovuta, inutilmente colui, che ha pagato domanderà la ripetizione. Ha in questo caso il creditore dritto di ritenerla, perchè ha ricevuto il suo, sebbene siasi pagato per errore. *Repititio nulla est ab eo, qui suum recepit, tamen si ab alio, quam vero debitore solutum est* disse Paolo (1). Difatti se il debito era esigibile allorchè il pagamento fu fatto, il creditore poteva costringere il debitore a pagare: che importa dunque se abbia pagato per errore o scientemente? Vale questa dottrina ancorchè il debitore avesse pagato prima della scadenza del termine: Lo stesso non ha luogo se avesse pagata una obbligazione con condizione sospensiva. Non si può negare che colui il quale paga prima della scadenza risente un qualche danno, ma da chi domanda costui di essere indennizzato? Il suo errore è a se stesso dovuto, e perciò essendo sua personale colpa non ha da chi domandare di esser indennizzato. Qui il creditore ha ricevuto in buona fede, nè poteva riprendere il pagamento. Resta dunque risoluto, che il creditore sarà tenuto solamente allorchè per *errore scientemente* si ha ricevuto ciocchè per vero titolo non se gli dovea. Ma che dirsi di un debitore il quale sapeva di non esser tale, pure ha voluto pagare? Quì bisogna osservare: o il debitore ha pagato per errore, o ha pagato scientemente. Nel primo caso domanda la ripe-

(1) *L. 44. de condict. indeb.*

Digitized by Google

tizione della cosa, non avendo niun titolo il creditore a ritenerla, ancorchè anche il creditore fosse stato nella ignoranza, se la cosa se gli dovea, o pure nò. Quando il debitore sapeva di non esser tenuto, ed ha voluto dare la sua cosa, ha voluto gratificare al creditore: *si quis indebitum ignorans soluit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio* (1). La ragione di tale disposizione è compresa nelle leggi romane: *Cujus per errorem dati repetitio est, ejusdem consulto dati donatio est* (2). Chiaro dunque apparisce questo esser il senso dell'articolo 1331: ecco la ragione per la quale parlandosi del creditore, che si riceve la cosa si dice o che *per errore o scientemente* l'abbia ricevuto sarà sempre tenuto alla restituzione, ma parlandosi del caso in cui il debitore possa ripetere dicesi: *Quando uno che per errore si credeva debitore.* Non si dice: *Quando scientemente ha pagato un debito, ha il dritto della repetizione contra del creditore.* Quì si potrebbe dire, che il creditore verrebbe a ritenere una cosa senza causa: si sà che la semplice tradizione non trasfonde dominio. Questa dottrina, che Giustiniano rapporta nella causa del venditore che nella fiducia di conseguire dal compratore il prezzo della cosa, questa nelle di lui mani consegna, non può quì

(1) *L.* 1. *de condict. indebit.*
(2) *L.* 53. *de R.* 9.

aver luogo. Così. Io sapeva che Titio niente mi dovea, e lo stesso Titio è già a giorno, che a me nulla dovea, intanto vuole darmi la sua cosa, devo credere che abbia voluto donarmela; volendo esercitare un atto di beneficenza verso di me: *Quod quis sciens indebitum dedit, hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest* (1). Necessita quindi per parte del debitore l' errore: ma questo deve esser di fatto o vi sarà compreso anche quello di dritto? Taluni dottori di gran nome hanno sostenuto che la condizione dell' indebito non potrà aver luogo, allorchè il debitore da una ignoranza di dritto venne indotto a pagare: l' ignoranza il dritto è colpa in colui, che paga: *turpe est patrias leges ignorare*: quindi seguendo il pagamento per simile causa, se colui che pagò risenti un danno, questo se lo cagionò da se stesso e si sà, che *damnum quod quis sua culpa sentit, sentire non intelligitur* (2). Cujacio, Pothier opinano non darsi restituzione se mai siasi pagato per ignoranza di dritto: Vinnio (3) opina che in qualunque maniera sia accaduto il pagamento sia per errore di dritto sia di fatto, sempre si darà la ripetizione. Conchiude al proposito Toullier (4) doversi adottare qual regola

---

(1) *L.* 5. *de condict. indebit.*

(2) *L.* 203. *de res. jur.*

(3) *Quaest. Selectae lib.* 1. *cap.* 47.
Ubero *inst. lib.* 3. *tit.* 28. *num.* 7.

(4) *Num.* 63.

Digitized by Google

generale, che la ripetizione deve esser ammessa o che il pagamento sia accaduto per errore di dritto o di fatto. Delvincourt (1) sembra esser anche di tale avviso.

Nella seconda parte dell'articolo 1331 si trova scritto: *Nondimeno cessa tale dritto, quando il creditore in conseguenza del pagamento si è privato del suo titolo: nel quale caso è salvo il regresso a colui che ha pagato contra il vero debitore.* L' eccezione che quì si produce può aver luogo quante volte il creditore aveva un atto privato dal quale poteva desumere la prova del suo credito: se era un titolo autentico, di questo non poteva certamente restarne privo. In questo caso si potrebbe estrarre copia del titolo. Ma se sia restato privo del suo documento colui, che pagò per errore, avrà *il regresso contra il vero debitore, giacchè utilem rem gessit.*

Art. 1332. *Se quegli che ha ricevuto il pagamento, era in mala fede, è tenuto a restituire tanto il capitale, quando gl'interessi o i frutti dal giorno del pagamento.*

Art. 1333. *Se la cosa indebitamente ricevuta è un immobile. . . .*

Art. 1334. *Chi ha venduta la cosa. . . .*

Gli articoli 1330, 1331. contengno delle disposizioni dipendenti dalla buona o mala fede di colui che ha pagato o ricevuto per errore una cosa non

---

(1) *Tom.* 3. *not.* 4. *pag.* 679.

ricevuta. L'articolo 1333 passa al caso nel quale siavi stata la cattiva fede dalla parte di colui, che ha ricevuta una cosa, ed è ordinato dover restituire non solo il capitale, ma benanche gl' interessi o i frutti dal giorno del pagamento. L' articolo 1333. non è altro che la continuazione dell'articolo 1330., 1331. Passa ad analizzare il pagamento relativo alle cose immobili, *è tenuto colui, che in cattiva fede l' ha ricevuta a restituire in natura*, o *il suo valore quante volte sia perita o deteriorata per di lui colpa : è altresì tenuto alla perdita per caso fortuito, se l' ha ricevuta in mala fede.* Nell' articolo 1334. è espresso il caso di colui, *che ha venduta la cosa che ha ricevuta in buona fede, non è tenuto ad altro che a restituire il prezzo ritratto dalla vendita.* Dalla giacitura di tale articolo si vede chiaramente che colui che ha venduta la cosa, e ciò abbia fatto senza alcuna sua colpa non è tenuto a niuna prestazione; in altro caso sarebbe tenuto ai danni ed interessi. Quindi non è applicabile tale dottrina, come osservò il celebre Delvincourt articolo 1379 (che corrisponde al nostro articolo 1333) e di non potersi applicare a colui, che ha la cosa ricevuta in mala fede. Non si può però negare esservi vizio nella redazione: dice però Toullier esser miglior partito quello di confessare un vizio nella redazione, che ammettere contrarietà nelle dottrine. Per coloro i quali ricevessero la cosa in mala fede; si deve osservare il principio :

Digitized by Google

qui sciens et prudens rem alienam detinet fur est. Prima di riceversi la cosa era egli tenuto avvertire il debitore, che nulla dovea conseguire: guardando un silenzio per profittare, commette un furto, *fur est qui rem alienam dolo malo contrectat* (1). Intanto la legge non condannò alle stesse pene del furto colui che in mala fede la cosa si ricevè, in quanto che non si verifica questa contrattazione esser accaduta *invito domino*: quì lo stesso padrone è colui, che la cosa consegna: è considerato però colui che se la riceve come un latro: è tenuto non solo a restituire il capitale, ma benanche gl' interessi, i quali sono in luogo de' danni ed interessi: È detto nell' articolo 1107 che i danni ed interessi per la restituzione di una determinata somma non consistono in altro che negl' interessi correnti al tempo della mora. Se al contrario la cosa è di natura tale a produrre de' frutti questi dovranno restituirsi solamente dal giorno del richiesto pagamento. Ciò però ha luogo quando abbia ricevuto in buona fede: se poi sia ciò accaduto in mala fede, e trovasi nello stato di non potere la cosa restituire, non solo deve restituirne il prezzo, ma è tenuto a tutti i danni ed interessi. Se poi la cosa sia perita per caso fortuito e se la cosa la ricevè in buona fede, a nulla sarà tenuto: se poi la ricevè in mala fede *è tenuto alla perdita per caso fortuito se*

---

(1) *Paolo senten. lib.* 2 *tit.* 11.

l' ha ricevuta in mala fede dicesi nell' art. 1333. Se poi la cosa sia deteriorata per sua colpa, è tenuto a pagarne il valore. Se però colui che ebbe la cosa potesse provare, che la medesima sarebbe perita anche presso del proprietario, a nulla sarà tenuto a norma di quanto si è detto nell' art. 1256 2. p.

Art. 1335. *Colui al quale è restituita la cosa, dee rimborsare, anche al possessore di mala fede, tutte le spese necessarie ed utili che sono state fatte per la conservazione della cosa medesima.*

In questo articolo il codice sanziona quanto si è detto di sopra parlandosi del possessore di mala fede: ma nello stesso tempo ricorda la massima legale. *Expensas utiles atque necessarias etiam praedo servat.* Per quello che riguarda le migliorazioni, e costruzioni sono da osservarsi le disposizioni comprese nel lib. 2. art. 480.

CAPITOLO II.

De' delitti e de' quasi-delitti.

Art. 1336. *Ogni fatto qualunque. . . .*

Art. 1337. *Ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato. . . .*

Art. 1338. *Ciascuno parimente è tenuto, non solo pel danno che cagiona col fatto proprio. . . .*

Dopo di aver parlato il Cod. di quelle obbligazioni,

Digitized by Google

che nascono senza convenzione per occasione de' fatti leciti dell' uomo, passa a parlare delle obbligazioni che nascono per la occasione de' fatti illeciti. Sono questi divisi in due classi, cioè *in delitti*, *e quasi-delitti*. Tutte le azioni le quali arrecano danno o alla società, o a' particolari commesse con dolo, ossia con animo di arrecare danno a persone, si chiamano *delitti*: Tutte quelle le quali arrecano danno ad altri, ma sono state commesse senza animo di nuocere; ma solamente per negligenza o imprudenza, diconsi *quasi-delitti*. Ora è regola generale esser poziore il dritto del dannificato, che del dannificante. Per qualunque operazione di questo, essendosi ad alcuno arrecato danno, quello ha dritto ad esser indennizzato. Nel delitto bisogna anche osservare, che lo stesso può arrecare danno alla società, può esser di danno al particolare. Colui, che diviene criminoso volontariamente contrae due obbligazioni. La prima colla società, per cui debbe subire la pena dalla legge minacciata, e potendosi verificare, deve indennizzare la persona dannificata, mediante il suo delitto, o quasi-delitto (1).

---

(1) *Il nostro Codice penale fa la distinzione tra misfatto, delitto, e contravenzione. Per il primo si procede criminalmente, per il secondo correzionalmente: pe 'l terzo colle pene imposte dai regolamenti di Polizia.*

Non è mio pensiere istruire in questo titolo la gioventù delle ragioni politiche, come fissare la quantità delle pene: esaminarne la proporzione ecc. non si considera quì il delitto in ragione politica, ma si riguarda solo per l'obbligo, che ha colui, che ha offeso l'altro, sia per commissione, sia per omissione di indennizzare l'offeso. L'oggetto politico è proprio delle leggi penali. L'oggetto civile ossia l'azione civile per la riparazione de' danni causati mediante del delitto, di questo quì si parlerà. La legge non solamente rende l'uomo responsabile del danno arrecato mediante la sua immediata opera, vuole ben anche che risponda del danno causato pel fatto delle persone o delle cose, che lo riguardano: la legge presume esservi stata in tale caso sua colpa o negligenza. Negli articoli 1336, e 1337 sono comprese tutte le disposizioni relative al danno cagionato mediante la propria opera, e siccome l'ommettere d'impedire un danno, è anche un delitto, perciò, anche il danno arrecato trascurando d'impedire un danno, entra nelle classe de' delitti (1). Stabiliscono le leggi penali non esser solamente delitto quando si commette un azione illegale, ma quando si tralascia di fare quello che dovrebbe farsi. Nell'articolo 1338 si parla del danno da risarcirsi quando anche sia cagionato mediante *il fat-*

(1) *Quando si parla de' delitti i quali la legge vuole, che si debbano rivelare come il delitto di Stato ec.*

Digitized by Google

to delle persone delle quali deve rispondere, o *colle cose che abbia in custodia*, ecco le parole degli articoli. *Ogni fatto qualunque dell' uomo che arreca danno ad altri, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno.* Nell' articolo 1337 è detto : *ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato* non solamente col fatto proprio, ma anche per sua negligenza o *per sua imprudenza.* Con questi due articoli si è detto, che niuno debba fare cosa la quale dalla legge è proibita: quando la legge non proibisce un' azione, ognuno ha dritto di farla; e facendola ancorchè un danno venisse ad un terzo arrecato, a nulla sarebbe tenuto colui che fece ciocchè la legge non li proibì. Così se io scavando sul mio fondo recidessi le vene dell' acqua, che animavano una machina idraulica di un terzo, a nulla sarei tenuto (1), colui, che coltivando il suo fondo taglia le radici dell' arbore del vicino a nulla è tenuto, come si disse nell' articolo 593. In questi due articoli del codice si è racchiuso quanto la legge romana stabiliva relativamente, a coloro che *aliquid ejecerint, vel effuderint in loco, quo publice iter fit.*

Si è detto di sopra che la causa del dannificato è poziore di quella del dannificante; che il dannificante sia anche tenuto per la sua *imprudenza o negligenza*: ora colui, che non saprebbe ben dirigere le

---

(1) *L.* 1. §. 12. *de aqua.*

persone alla di cui direzione presiede, si presume esser in colpa; di aver commesso un quasi-delitto, ed ecco perchè nell'articolo 1338 è detto: *Ciascuno parimente è tenuto, non solo pel danno che cagiona col fatto proprio, ma ancora per quello, che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o colle cose che abbia in custodia.*

Il padre, o la madre dopo la morte del marito, sono tenuti pe' danni cagionati da' loro figli minori abitanti con essi.

I padroni o i committenti, pe' danni cagionati da' loro domestici e garzoni nell' esercizio delle funzioni nelle quali gli hanno impiegati, i precettori e gli artigiani, pe' danni cagionati da' loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

La predetta garentia non ha luogo, allorchè i genitori, i precettori e gli artigiani provano che essi non hanno potuto impedire il fatto di cui avrebbero dovuto esser garanti. Queste dottrine sono proprie di tutte le legislazioni, e nel Codice di commercio parlandosi del proprietario del bastimento, si stabilisce dover rispondere delle colpe del capitano, e questo di quelle delle persone le quali compongono l'equipaggio. Toullier si diffonde assai nell'analisi di queste dottrine, le quali ponno secondo le di lui vedute aver una interpretazione assai estesa. Quì si riferisce la presa a parte, l' incendio etc.

Art. 1339. *Il proprietario di un animale, o que-*

Digitized by Google

gli che se ne serve, nel tempo in cui ne usa, è tenuto pel danno cagionato dall' animale, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o fuggito. Oggi non hanno più luogo le dottrine delle nostre antiche prammatiche, nè quelle comprese da' romani nel titolo *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur de pastu animalium*: *le leggi relative alla bajulare giurisdizione.* Uno è il principio compreso nell' articolo 1337 essere la persona tenuta al danno arrecato *pel fatto proprio o per sua negligenza o per sua imprudenza.* E nell' articolo 1338 si stabilisce, che sia tenuto anche pel danno cagionato alle cose che abbia in custodia. Fissato il codice in queste massime nell' articolo 1340 ricava un' altra conseguenza. *Il proprietario di un edificio è tenuto pe' danni cagionati dalla ruina del medesimo, quanto sia avvenuta in conseguenza di mancanza di riparazione, o per vizio della sua costruzione* (1).

---

(1) *Qui si potrebbero riferire le dottrine* de damno infecto, *ma si anderebbe troppo alla lunga.*

INDICE

DEL

TOMO VII.

Digitized by Google

0058009183

Digitized by Google